



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO.”
ESCUELA DE POSTGRADO.**



MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.

TESIS.

**“LA EFECTIVA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO VIDA
HUMANA DEPENDIENTE: CONSIDERACIONES
DOGMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO
EUGENÉSICO”.**

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS
PENALES.**

PRESENTADA POR:

Abog. Ana Isabel Padilla Rojas.

ASESOR:

Mg. Oscar Vílchez Vélez.

**LAMBAYEQUE - PERÚ
2015.**

“LA EFECTIVA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO VIDA HUMANA DEPENDIENTE: CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO”.

Abog. Ana Isabel Padilla Rojas.
Autor.

Mg. Oscar Vélchez Vélez.
Asesor.

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.

APROBADO POR:

M. Sc. MARIANO LARREA CHUCAS.
Presidente del Jurado.

D.r FREDY HERNÁNDEZ RENGIFO.
Secretario del Jurado.

M. Sc. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA.
Vocal del Jurado.

Lambayeque - Mayo del Año 2015.



*Dedico este trabajo
A mi familia, por enseñarme
que la confianza en uno mismo
es el secreto para hacer realidad
nuestros Sueños.*



Agradezco a Dios por guiarme en la realización de este trabajo, a mis docentes, colegas y a mis amigos; por sus consejos y enseñanzas.

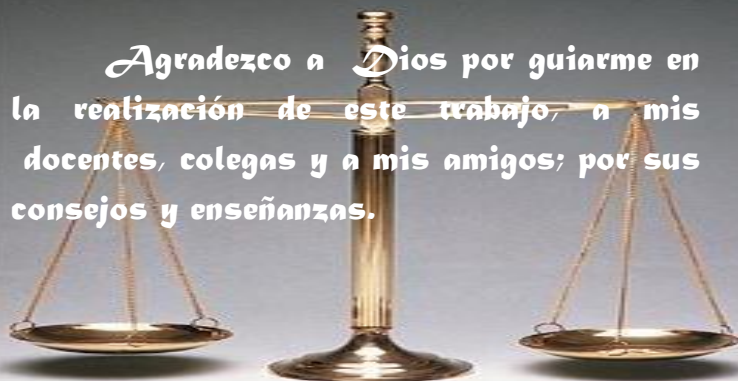


TABLA DE CONTENIDOS.

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO.....	4
RESUMEN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.

1.- Situación del Problema.....	15
1.1.- Ubicación.....	15
1.2.- Cómo Surge El Problema.....	15
1.3.- Como Se Manifiesta y qué Características Tiene.....	15
1.4.- Realidad Problemática.....	16
1.5.- Planteamiento del Problema.....	16
1.6.- Formulación Del Problema.....	25
2.- Justificación e Importancia.....	25
3.- Objetivos.....	31
3.1.- General.....	31
3.2.- Específicos.....	31

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.

1.- Antecedentes.....	34
2.- Siglas Empleadas En La Investigación.....	35
3.- Base Teórica.....	35

SUB-CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE EL ABORTO.

I.- BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE EL ABORTO.....	38
1.- EL ABORTO.	38
1.1.- CONCEPTOS.	38
A) En Obstetricia.....	39
B) En La Medicina Legal.	39
a) Aborto libre.....	40
b) Aborto eugenésico.....	40
c) Aborto por razones médicas o terapéuticas.....	40
d) Aborto ético o criminológico.....	40
e) Aborto por motivaciones mixtas.....	40
1.2.- Estimaciones mundiales de aborto inducido.	41
1.3.- LA NOCIÓN DEL DELITO.....	43
1.4.- TIPOS DE ABORTO.	43
A.- Aborto Espontáneo.	43
B.- Aborto Provocado.	44
C.- Aborto Quirúrgico.	44
D.- El aborto quirúrgico del primer trimestre.	45

E.- El aborto quirúrgico del segundo trimestre.....	45
1.5.- CAUSAS.	45
1.6.- CONSECUENCIAS Y EFECTOS DEL ABORTO.	46
1.7.- CONSECUENCIAS FÍSICAS Y PSICOLÓGICAS EN GENERAL.....	47
1.8.- EFECTOS DEL ABORTO EN LA RELACIÓN ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER.....	47
1.9.- EFECTOS DEL ABORTO EN LOS HIJOS.	48
A.- EFECTOS FÍSICOS.....	48
B.- EFECTOS PSICOLÓGICOS.....	49
B.1.- CASO Nº 1.....	50
C.- EFECTOS PSICOSOCIALES.....	50
2.- PROCEDIMIENTOS DE ABORTO MÉDICO.....	52
2.1.- ABORTO DE NACIMIENTO PARCIAL. ("D Y X").....	52

SUB-CAPÍTULO II: EL ABORTO COMO DELITO.

1.- El Bien Jurídico protegido.....	55
2.- El Consentimiento.....	56
3.- “La postura minimalista del Derecho Penal.”.....	57
4.- “No existen los derechos absolutos.”.....	58
5.- Ponderación de intereses.	59
6.- Aborto Eugenésico.....	60
7.- Aborto por violación.....	61
8.- Indicación social.....	61
9.- Sistema de plazos.....	62
10.- Altas cifras de mortalidad materna.....	64
11.- Altas cifras de aborto clandestino.....	64
12.- Informes del Comité de la CEDAW.....	65
13.- La despenalización del Aborto en otros países.....	65
14.- Despenalizar no es legalizar ni conceder un derecho.....	67

SUB-CAPÍTULO III: EL DELITO DE ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO.

1.- LEGISLACIÓN EUROPEA.	69
2.- LEGISLACIÓN EN AMÉRICA LATINA.	72
2.1.- Legislación Chilena.....	74
2.1.1.- Constitución Política.....	75
2.1.2.- Código Penal.....	75
2.1.3.- Código Civil.....	76
2.1.4.- Código Sanitario.....	76
3.- Principales Argumentos Del Debate sobre el aborto.....	78
3.1.- Ética científica frente al aborto (en Chile).....	78
4.- Postura ante el aborto de algunas iglesias.....	78
5.- Principios Feministas.....	80

SUB-CAPÍTULO IV: CONSIDERACIONES PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO.

1.- Introducción.....	86
2.- Los denominados abortos atenuados en el Perú.....	93
A) formas típicas básicas.....	94
B) formas típicas agravadas.....	95
C) formas típicas atenuadas.....	95
D) forma de aborto impune.....	95
3.- Sistemas De Despenalización del Aborto.....	95
3.1. Sistema de los plazos.....	96
3.2.- Sistema de las indicaciones.....	97
A) Indicación Terapéutica.....	98
B) Indicación Ética.....	98
C) Indicación Eugenésica.....	98
D) Indicación Social.....	98
4.- Consideraciones Problemáticas.....	102
4.1.- Aborto Eugenésico.....	102
4.2.- Aborto sentimental y eugenésico.....	108
4.3.- Jurisprudencia y Doctrina.....	112
4.4.- Derecho a la Vida.....	113
A.- El derecho a la vida y su protección penal.....	113
4.4.1.- Derecho a la Vida - Base normativa.....	120
4.5.- Cuestiones de constitucionalidad.....	123

SUB-CAPÍTULO V: LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU INCIDENCIA EN EL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO.

1.- Introducción.....	127
2.- La Acción penal y la acción procesal penal.....	128
3.- La Prescripción y su fundamento constitucional.....	129
4.- Concepto de prescripción.....	132
5.- Clases de prescripción.....	132
5.1.- Prescripción ordinaria y extraordinaria.....	133
5.2.- Cómputo de los plazos de la Prescripción ordinaria y extraordinaria.....	133
6.- Vicisitudes de la prescripción.....	135
6.1.- Interrupción de la Prescripción de la acción penal.....	135
6.2.- Suspensión de la Prescripción de la acción penal.....	136
7.- Planteamiento Del Problema.....	138
7.1.- Sobre los efectos de la formalización de la investigación preparatoria.....	140

SUB-CAPÍTULO VI:

1.- Hipótesis.....	148
2.- Variables.....	148
2.1.- Independiente.....	148
2.2.- Dependiente.....	148

2.3.- Extrañas.....	148
3.- Legislación y Jurisprudencia Aplicable.....	149

CAPÍTULO III.- RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

1.- Marco Metodológico	151
1.1.- Tipo De Investigación.....	151
1.2.- Universo, Población y Muestra.....	151
1.3.- Área y Ubicación.....	151
2.- Materiales, Técnicas E Instrumentos De Recolección De Datos.....	151
2.1.- Materiales.	151
2.2.- Técnicas.....	152
2.3.- Instrumentos de Recolección de Datos.....	152
A.- Entrevistas.....	152
ENTREVISTA 1. Entrevista Realizada por la maestrante Ana Isabel Padilla Rojas (A.I.P.R.), al Doctor Javier David Alfaro Quezada (J.D.A.Q.), Médico Legista Adscrito al Área de Tanatología de la División Médico Legal III del Distrito Fiscal de Lambayeque.....	153
ENTREVISTA 2. Entrevista Realizada por la maestrante Ana Isabel Padilla Rojas (A.I.P.R.), al Doctor Telésforo Vásquez Figueroa (T.V.F.), Fiscal Adjunto Provincial, Adscrito a la Segunda Fiscalía Provincial penal Corporativa de Lambayeque, distrito Fiscal de Lambayeque.....	157
B. ENCUESTA.....	174
C.- ANÁLISIS DOCUMENTAL.....	176
3.- MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.	
3.1.- Métodos Para la Recolección de Datos.....	178
3.2.- Procedimientos Para la Recolección de Datos.....	178
4.- Análisis Estadísticos De Los Datos.....	179
5.- Análisis General y Crítico De La Investigación.....	180
6.- Resolución Del Problema Objeto De Estudio.....	181
CONCLUSIONES.....	187
RECOMENDACIONES.....	187
BIBLIOGRAFÍA.....	187

RESUMEN

El legislador penal ha sancionado la comisión del delito de Aborto Eugenésico, con una pena irrisoria de tres meses, lo cual pone en una encrucijada al órgano fiscal, al tener un plazo muy corto para investigar y postular una tesis acusatoria por el delito de Aborto Eugenésico, a su turno el órgano jurisdiccional se ve compelido a sentenciar en tiempo record, situación que genera diversos problemas, pues el abogado defensor planteará una excepción de prescripción de la acción penal (extraordinaria), generando como efectos la impunidad del delito, pero no por inercia del órgano fiscal o judicial, sino por el plazo irrisorio planteado por el legislador, inyectando como consecuencia grandes dosis de impunidad y sembrando la desconfianza en la sociedad, quienes ven en las agencias de persecución penal del delito, como órganos corruptos y burocráticos, aunado a esto tenemos que el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente, el cual es sustrato de los demás derechos, lo cual deviene en ilógico que la vida humana no tenga una debida protección, por lo que cabe plantear como pregunta de investigación: ¿En qué medida el legislador peruano protege efectivamente el bien jurídico vida humana dependiente en la punición del delito de aborto eugenésico? Nos avocamos a responder la interrogante en el marco teórico de la presente tesis.

(ABORTO EUGENÉSICO, PLAZO IRRISORIO, VIDA HUMANA DEPENDIENTE)

ABSTRACT.

The penal legislator has sanctioned the commission of the crime of Eugenic Abortion, with a derisory sorrow of three months, which puts in a crossroads to the fiscal organ, on having had a very short term to investigate and to postulate an accusatory thesis for the crime of Eugenic Abortion, to his shift the jurisdictional organ meets compelled to pronounce in record time, situation that generates diverse problems, since the defending attorney will raise an exception of prescription of the penal (extraordinary) action, generating as effects the impunity of the crime, but not as inertia of the fiscal or judicial organ, but in the derisory term raised by the legislator, injecting as consequence big of dose of impunity and sowing the distrust in the company, who see in the agencies of penal pursuit of the crime, as corrupt and bureaucratic organs, united to this we have that the juridical protected good is the dependent human life, which is a substratum of other rights, which develops in illogically that the human life does not have a due protection, for That it is necessary to raise as question of investigation: in what measure does Peruvian legislator protect really the juridical good dependent human life in the punishment of the crime of eugenic abortion? Us avocamos to answering question in the theoretical frame of the present thesis.

(EUGENIC ABORTION, DERISORY TERM, HUMAN DEPENDENT LIFE)

INTRODUCCIÓN.

De la revisión del Código Penal Peruano¹, podemos advertir que dicho cuerpo normativo se divide de la siguiente manera: Título Preliminar, Libro Primero (Parte General), Libro Segundo (Parte Especial - Delitos), Libro Tercero (Faltas) y Disposiciones Finales y Transitorias.

El legislador penal, abre el catálogo de la Parte Especial - Delitos, con la punición de los delitos que atenten contra la Vida el Cuerpo y la Salud, los cuales constituyen los bienes jurídicos más valiosos para el ser humano, es decir el legislador penal a tomado en cuenta esta precisión no por mera casualidad o capricho, pues el bien jurídico vida humana, es el sustrato, presupuesto necesario para que el legislador pueda proteger los demás bienes jurídicos como son el Honor, la Familia, el Patrimonio, el Orden Económico y Financiero, la fe Pública, etc. En el mismo sentido la doctrina expone: “Todo nuestro sistema jurídico se inicia interesándose por los principales derechos fundamentales de la persona humana, los que vienen a constituir la vida individual, la integridad física o mental y la salud, de los cuales emergen y se ejercitan los demás como la libertad. Ello no tiene otra explicación sino en el hecho concreto que estos derechos proporcionan a todos y cada uno de los seres humanos, los presupuestos y medios adecuados para intentar alcanzar la plenitud de su ser como verdaderos hombres, los mismos que filosóficamente consisten en una sustancia individual de naturaleza racional, dotado de la capacidad de entender y

¹ Hay un proyecto de ley para abrogar el Código Penal Peruano. La noticia se titula: Congresista Juan Carlos Eguren, Presidente De La Comisión De Justicia: “En marzo se aprobaría nuevo Código Penal”. Disponible en: <http://laley.pe/not/2016/-en-marzo-se-aprobaria-nuevo-codigo-penal-> (Fecha de consulta 17/01/15)

querer. En efecto, nuestra Carta Política y el Código Civil, siguiendo la ideología inmersa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), comienzan señalando que en primerísimo lugar, toda persona natural tiene derecho a la vida y a su integridad psico-física y corresponde a la sociedad jurídicamente organizada (Estado), protegerla. En ese sentido, El *corpus juris penale*, no puede ser indiferente a aquella ideología adoptada en todo Estado Democrático de Derecho. Apareciendo como los principales y primeros bienes jurídicos a proteger, la vida y después la integridad física y psicológica de la persona individual.²

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional Peruano: “ 10.- *Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derecho Humanos, y el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*” (EXP. N.º 2488-2002-HC/TC)

Para ser coherentes con las ideas que vamos a trabajar primero tendremos que anotar que en relación al bien jurídico vida humana existen dos clases de

² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. I. Editora Jurídica Grijley. 4Ta Edición. Noviembre 2010. Pág. 4.

bienes jurídicos protegidos por el derecho penal el primero es el bien jurídico vida humana independiente y el segundo es vida humana dependiente, el tema que vamos a trabajar lo hemos denominado algunas consideraciones problemáticas en torno al delito de aborto eugenésico, en ese sentido debemos entender que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es el la vida humana dependiente, lo cual es paradójico decirlo o asimilarlo, pues del análisis de la pena privativa de libertad estipulada para la comisión de dicho delito, el aborto eugenésico será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses, lo que sin lugar a dudas genera problemas para que los magistrados (jueces y fiscales a su turno) puedan accionar contra dicha conducta, pues dicho delito es sancionado con un plazo irrisorio, demasiado corto, tomándose en cuenta que el bien jurídico protegido es la Vida Humana Dependiente.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.

1.- SITUACIÓN DEL PROBLEMA.

1.1.- UBICACIÓN.

La presente investigación se circunscribe al ámbito geográfico del departamento de Lambayeque, en el distrito fiscal de Lambayeque.

1.2.- CÓMO SURGE EL PROBLEMA.

El problema surge de comprobar que en la práctica, los operadores jurídicos (Fiscales y jueces a su turno) al sustanciar el delito de Aborto Eugenésico, determinan que el plazo de investigación preliminar el cual se puede extender hasta por el termino de 120 días naturales de conformidad con la Casación N° 002-2008- La Libertad, excede el plazo de la pena abstracta conminada para el delito de Aborto Eugenésico el cual es sancionado con una pena privativa de la libertad no mayor de tres meses, plazo que no resulta suficiente para realizar la investigación, pues en la mayoría de los casos requiere la abundante realización de diligencias y recabación de medios de prueba como son: pericias, entrevistas, informes, etc.

Aunado a lo anteriormente expuesto se tiene que en la práctica los abogados defensores inmediatamente plantean la excepción de Prescripción de la Acción Penal, lo cual para una proceso abierto debe entenderse que se trata de una prescripción extraordinaria (el máximo de la pena más la mitad equivalente a cuatro meses quince días).

1.3.- COMO SE MANIFIESTA Y QUE CARÁCTERÍSTICAS TIENE.

Como se puede apreciar en la realidad, y específicamente en el presente caso, el problema no radica en los operadores jurídicos (Fiscales y jueces a su turno), el problema se manifiesta o cobra importancia en la opinión social quienes ven en las agencias de control social (Poder Judicial y Ministerio Público) a unos organismos burocráticos y corruptos pues aparentemente se dejaría en la impunidad la sanción del delito de Aborto Eugenésico al prescribir la acción penal, la cual no es imputable a los operadores jurídicos, por la pena privativa de libertad simbólica asignada a dicho ilícito.

Las características del problema, es de gran reprochabilidad social con la complicidad encubierta del Estado-Legislator; al asignar una pena simbólica al delito de Aborto Eugenésico.

El plazo demasiado corto para investigar y sancionar este ilícito, lo cual hace perder recursos, tiempo y esfuerzos al mismo estado, al momento de plantearse la excepción de prescripción, dejando en la impunidad y en la desprotección al bien jurídico vida humana dependiente.

En el campo médico se advierte que se podría suscitar un diagnóstico errado que concluya que el ser humano en formación (feto) presenta graves taras o malformaciones que hagan inviable su vida, y al producirse el ilícito se estaría encubriendo un aborto provocado, lo cual está en abierta contradicción a lo expuesto por la Constitución Política del Perú y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que protegen la vida y sus derechos conexos.

1.4- REALIDAD PROBLEMÁTICA.

Para describir la realidad problemática del presente trabajo de investigación debemos citar lo expuesto en el Artículo 120° Inciso 2 del Código Penal Peruano el cual a la letra reza:

Aborto Eugenésico

Artículo 120.- El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: (Resaltados Nuestros)....

2.- Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

Tal como se advierte el legislador penal ha sancionado este tipo de aborto con una pena irrisoria de tres meses, el cual obliga de manera indirecta a que el órgano fiscal, como ente competente persecutor de los delitos de acción pública, tenga un plazo muy corto para investigar y postular una tesis acusatoria por el delito de Aborto Eugenésico, y a su turno el órgano jurisdiccional se vea compelido a sentenciar en tiempo record, lo cual genera diversos problemas, pues el abogado defensor planteará una excepción de prescripción (extraordinaria), generando como efectos la impunidad del delito, pero no por inercia del órgano fiscal o judicial, sino por el plazo irrisorio planteado por el legislador, inyectando como consecuencia grandes dosis de impunidad y sembrando la desconfianza en la sociedad, quien ve las agencias de persecución del delito como órganos corruptos y burocráticos, aunado a esto tenemos que el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente, el cual es sustrato de los demás derechos, lo cual deviene en ilógico que la vida humana no tenga una debida protección, en el siguiente ítem esbozamos *in extenso* diversas consideraciones que apuntalan las ideas expuestas líneas arriba.

1.5.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Que de la revisión del Artículo 120° Inciso 2, del actual Código Penal Peruano, se advierte que el legislador ha regulado una clase de aborto denominado por la doctrina como Aborto Eugenésico, ilícito que será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses *“Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”*.

Al respecto la problemática se centra en el *quantum* de la pena privativa de la libertad a imponerse, pues nuestro código penal lo castiga con una pena irrisoria, al reprimir el ilícito con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses, siendo que en la práctica la duración del plazo de la investigación preliminar y de la investigación preparatoria a su turno, superan ampliamente los tres meses, con lo cual consideramos que, de seguirse un proceso, en estos casos nunca se podría condenar a nadie, porque no habrá inconveniente en plantear una excepción de prescripción, ya que prescribiría la acción penal a los cuatro meses y medio, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal³.

Mención aparte merece el plazo establecido para las diligencias preliminares, pues según el Inciso 2 del Art. 334° del Código Procesal Penal⁴, el plazo de las diligencias preliminares conforme al Art. 3° es de 60 días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el Fiscal Podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de la investigación, sumado a ello se tiene que según la Casación N° 02-2008, de fecha 03 de Junio del Año 2008 (Lima), la cual es Doctrina Jurisprudencial precisó⁵ *“Los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; son diferentes y no se hallan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.... Finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional*

³ Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta Edición. Quinta Reimpresión: 2006. Lima - Perú. Editorial San Marcos. Pág. 95.

⁴ Artículo Modificado por la Ley N° 30076; publicada en el diario Oficial el Peruano con fecha 19 de Agosto del Año 2013.

⁵ Separación del Cómputo de los plazos de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria. TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I Jurisdicción Penal. Segunda Edición (Revisada, Aumentada y Actualizada). Abril 2010. Editorial Reforma. Págs. 269-272.

al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es el límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable... Debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal..., debe computarse [la investigación preparatoria] a partir de su comunicación en virtud de lo establecido en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres.”

Que aparentemente se podría solucionar el presente problema antes expuesto, recurriendo al Artículo 339° Inc. 1⁶ del nuevo Código Procesal Penal, el cual prescribe que *“la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal”*. (Subrayado nuestro), con dicho acto procesal el órgano fiscal podría “suspender” el plazo de la prescripción de la acción penal y así evitar la interposición de la excepción perentoria de Prescripción⁷. Pues el delito de Aborto Eugénico, tiene una pena privativa de la libertad no mayor de tres meses y atendiendo a que la sanción del ilícito (sentencia) se puede prolongar más de tres meses, entonces sería un imperativo categórico proceder a la inmediata judicialización de la investigación (formalización de la investigación preparatoria).

Al respecto es menester dar luces sobre qué es lo que entiende por suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal, al respecto el Acuerdo Plenario De Las Salas Penales Permanente y Transitorias **N° 1-2010/CJ-116** (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales) en los Fundamentos 24 y 25 expone: *“24°. La “suspensión” de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye*

⁶ Artículo 339° Efectos de la formalización de la investigación.- 1. La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal., 2. Asimismo, el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

⁷ Artículo 6° Excepciones.- (Nuevo Código Procesal Penal); 1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes: a) Naturaleza de juicio, cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la Ley., b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. c) Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona., d) Amnistía. **e) Prescripción, cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena....** (Resaltados nuestros)

la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25°. *La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.”*

A nuestro turno exponemos, se interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, o por la comisión de un nuevo delito doloso, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. En consecuencia comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Que la doctrina⁸ se muestra reacia con lo expuesto en el Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal en el extremo que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal y argumenta que en la realidad la Formalización de la Investigación Preparatoria no suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, pues debe interpretarse como un supuesto de interrupción de la misma, para lo cual apela a una interpretación sistemática del Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal con el Artículo 83° del Código Penal⁹.

Siguiendo con lo expuesto en los Fundamentos 26, 27 y 31 del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116¹⁰, (y la doctrina a favor sobre la

⁸ Vid. BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011. Págs. 254 y ss.

⁹ Artículo 83°.- Interrupción de la prescripción de la acción penal **La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.** (Subrayado Nuestro). Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia. Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso. Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

¹⁰ **26°.** Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “sui generis”, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la

suspensión del plazo de prescripción de la acción penal¹¹), postula que el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, en consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

Contando con estas ideas previas, es necesario precisar que la prescripción engloba dos clases: la prescripción ordinaria y la extraordinaria, al respecto el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitorias **Nº 9-2007/Cj-116** (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80° y 83° del Código Penal)¹² expone en el sexto y séptimo fundamento: “6.- El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80° regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83° in fine hace referencia al **plazo extraordinario**.

Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando “*el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción*”. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82° del Código Penal.”

Si nos decantamos por la posición del acuerdo plenario N° 1-2010/CJ-116, sobre la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal como producto de la formalización de la investigación preparatoria, entonces cabría

Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal. **27°**. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “interrupción” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara. **31°**. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución -inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable...

¹¹ Vid. PARIONA ARANA, Raúl. *La Prescripción En El Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o Interrupción De La Prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011. Págs. 221 y ss.

¹² Publicado el día martes 25 de marzo del año 2008, en el diario oficial el Peruano. Pág. 6412 y ss.

formularse la siguiente interrogante sobre si dicha suspensión ¿acaso no vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable?¹³

Al respecto el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116¹⁴ (Asunto: Sobre La Necesidad De Reevaluar La Suspensión De La Prescripción Dispuesta En El Artículo 339°.1 Del Código Procesal Penal 2004) zanja la polémica y expone: “11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del **principio de plazo razonable** para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo**. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96°), de octubre de 1984 (Art. 83°), de agosto de 1985 (Art. 89°) y de abril de 1986 (Art. 88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible”. (Resaltados nuestros).

Estamos de acuerdo con lo expuesto en el fundamento décimo primero

¹³ El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un Derecho Constitucional Implícito que se deriva del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú. “**Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.** ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...”

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al plazo razonable de la investigación fiscal en las sentencias recaídas en el Expediente N.º 5228-2006-PHC/TC caso Samuel Gleiser Katz, y en el Expediente N.º 02748-2010-PHC/TC caso Alexander Mosquera Izquierdo. Asimismo según jurisprudencia del TC cabe precisar que no podemos fijar una perspectiva de plazo razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales, y la complejidad del asunto. También se puede consultar sobre el tema tangencial al plazo razonable, específicamente sobre la aplicación del Test de las Dilaciones indebidas nos referimos a la polémica sentencia expedida por el tribunal constitucional peruano sobre el EXP. N° 3509-2009-PHC/TC caso Walter Gaspar Chacón Málaga. Sobre las Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción se puede ver el excelente trabajo De RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en:

http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

¹⁴ Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss.

del Acuerdo Plenario N° 3-2012/Cj-116, en consecuencia si la suspensión de la prescripción en el caso del Artículo 339° inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, estamos hablando de la **Prescripción Extraordinaria**, pues según el Artículo 83° del código penal, La prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Entonces no podremos alegar válidamente que el órgano fiscal tendría todo el tiempo a su disposición para que dentro de la etapa de la formalización de la investigación preparatoria pueda investigar el delito de Aborto Eugenésico¹⁵, y postular ante la judicatura una tesis acusatoria o absolutoria, pues de seguirse un hipotético proceso, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal el plazo de prescripción de la acción penal prescribiría a los cuatro meses y medio (prescripción extraordinaria), generando impunidad, no por negligencia de la magistratura (jueces y fiscales) sino que el plazo irrisorio (tres meses) regulado por el legislador.

No es ocioso precisar, para los más fervientes seguidores de nuestro sistema penal, que ni aun así procediéndose a formular acusación penal directa, el juzgador correspondiente siempre va a estar obligado a sentenciar o sobreseer la causa dentro de un plazo de cuatro meses y medio (cuatro meses quince días), pues ese es el plazo para que opere la prescripción extraordinaria en el delito de Aborto Eugenésico. No es una verdad de Perogrullo precisar la abundante carga procesal que ostentan los órganos jurisdiccionales en el Perú que hace casi imposible tomar una decisión sobre el fondo en tan corto tiempo¹⁶.

Otro asunto que nos parece polémico y problemático es si advertimos cual es el bien jurídico protegido en los delitos de aborto tendremos que decir que es la vida humana dependiente, entonces si esto es así y atendiendo que

¹⁵ Artículo 321° del Nuevo Código Procesal Penal. **1.** La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

¹⁶ Se recomienda revisar los siguientes trabajos: Sub tema 2: Las Soluciones Estructurales Al Problema De La Carga Procesal, disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/context_socioeconom/265-275.pdf (fecha de consulta el día 22/09/14) también puede consultarse a HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson. *13 Mitos Sobre La Carga Procesal. Anotaciones y Datos Para La Política Judicial Pendiente En La Materia*. Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal. Lima, Octubre del 2007. Disponible también en <http://www.justiciaviva.org.pe/publica/13mitos.pdf> (fecha de consulta el día 22/09/14).

la vida humana comienza y está protegida desde la concepción el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC caso sobre Anticonceptivo Oral De Emergencia (Píldora del Día Siguiente) acertadamente Expone:

12.- Así, por la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo I) “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”; por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 3º) “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”; y por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 6º) “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Igualmente, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-* dispone en su artículo 4º, inciso 1), que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Este mismo documento, en su artículo 5º, inciso 1), agrega: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su hora y al reconocimiento de su dignidad”. Asimismo, la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) “Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”

En consecuencia si surge la duda sobre cuándo estamos ante una vida humana, la doctrina a su turno argumenta: “Desde luego, la principal duda que surge al respecto es cuándo estamos ante una vida humana, es decir, desde cuándo empieza y hasta cuándo dura. No podremos discutir acá suficiente sobre ello, aunque sí corresponde plantear los principales temas. Con respecto al no nacido, surge la duda si se trata de una persona humana considerando que aún no tiene personalidad moral, pero, al mismo tiempo, ya es un sujeto que pertenece a la especie humana. Sin perjuicio de la posición que se tome al respecto, la Constitución considera al no nacido sujeto de derechos, resultando necesario, además, tener en cuenta que estos, a su vez, no son irrestrictos, sino que pueden ser ponderados con otros bienes (como ocurre con cualquier derecho). Respecto al fin de la existencia humana: esta cesa con la muerte, cuando menos la muerte encefálica o cerebral, que implica que el cerebro deja de funcionar por completo, sin perjuicio de que subsista el funcionamiento de otros órganos por medios artificiales. Ahora bien, tras el deceso es posible que subsistan algunos derechos o titularidades, pero estas no tienen relación con una supuesta

“dignidad humana” del fallecido. Eso sí, ni las personas jurídicas ni las entidades de Derecho Público poseen esta dignidad y, por ende, tampoco la titularizan como derecho.¹⁷”

Para nosotros el comienzo de la vida surge con la concepción pues según el Código Civil estipula en el **Artículo 1º.- Sujeto de Derecho**: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.” (Subrayado nuestro)

Con relación a lo expuesto la doctrina precisa: “Tal vez una de las principales manifestaciones de dicho tratamiento diferencial sea la de considerar que mientras el nacido tiene y mantiene su personalidad jurídica, siendo además destinatario tanto de las situaciones favorables como de aquellas desfavorables que sobre aquel recaigan, el que está por nacer, en cambio¹⁸, carece en absoluto de personalidad jurídica y, por el contrario, solo resulta beneficiario cuando determinadas situaciones, en efecto, le favorecen”¹⁹.

Para terminar este extremo cumplimos con el no muy penoso deber de precisar que el Artículo 124-A del código penal sobre Daños al Concebido estipula: “*El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres*”²⁰ adolece de Técnica Jurídica²¹ (específicamente de técnica

¹⁷ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. SOSA SACIO, Juan Manuel. *Dignidad de la Persona (Comentarios al artículo 1 de la Constitución)*. En: La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 39-40.

¹⁸ Para un planteamiento general respecto del estatus jurídico del concebido se puede consultar preferentemente: DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Alberto. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, 4Ta edición, Tecnos, Madrid, 1982, p.266 y ss. Sobre la diferenciación entre persona y concebido: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudio de Derecho de las Personas*. Lima, 1990, pp.91-92. Citado por SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Derecho a la Vida y a la Integridad Moral, Psíquica y Física*. (Comentarios al artículo 2 inciso 1 de la Constitución). En: La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Pág. 50.

¹⁹ El asunto de las situaciones favorables ha sido también recogido por nuestra Constitución. Empero no por ello resuelve el problema de lo que se entiende por dichas situaciones ya que de hecho estas pueden ser muchas y no siempre totalmente favorables. Ello merced a que hay hipótesis en las que no se puede desligar lo favorable de lo desfavorable como ocurre con las herencias y las deudas que recaen sobre estas. Citado por SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Derecho a la Vida y a la Integridad Moral, Psíquica y Física*. (Comentarios al artículo 2 inciso 1 de la Constitución). En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Pág. 50.

²⁰ Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 27716, publicado el 08-05-2002

²¹ Las reglas de la técnica jurídica deben poseer ciertas cualidades fundamentales: 1° Plenitud de la determinación, 2° Perfecta Adaptación, 3° Necesidad de realización, 4° Simplicidad o Economía de medios para alcanzar lo más fácilmente posible el fin propuesto, 5° Lógica o Coherencia Racional en

legislativa²²), y lo creemos así, pues en su redacción, advertimos que hace primar el bien jurídico integridad corporal y a la salud sobre el bien jurídico vida humana dependiente tutelado en el aborto eugenésico, es decir la pena a imponerse al agente por causar daño en el cuerpo del concebido será no menor de un año ni mayor de tres; pero si se causa un aborto Eugenésico la pena a imponerse será no mayor de tres meses.

Entonces con esta interpretación llegaremos a la burda conclusión que si lesiono al concebido voy a sufrir una mayor represión que si practico un aborto eugenésico. Entonces la pregunta que no se hace esperar sería ¿desde cuándo la salud, la integridad corporal vale más que la vida? ¿Es que acaso la vida humana (sea dependiente o independiente) no es sustrato, presupuesto básico-necesario del derecho a la salud, a la integridad corporal? salvo que se considere que el bien jurídico tutelado en el delito de lesiones²³ sea de mayor relevancia que el bien jurídico vida humana dependiente.

No es de recibo decir que porque el ser en formación (concebido) tiene graves taras y lo más probable es que está condenado a periodo de vida corto, por eso la pena a imponerse es muy baja, entonces si pensamos de esa manera no sería exagerado decir que lo que estamos implícitamente haciendo es una selección natural, pues toda persona tiene derecho a la vida según el Artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú²⁴.

1.6.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

El problema se ha planteado en los siguientes términos:

los procedimientos, 6° Seguridad de los resultados... El conjunto de procedimientos necesarios en orden a la elaboración de las fuentes formales del Derecho y a su recta aplicación, constituye la Técnica Jurídica. Vid. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Décima Edición. Editorial Eddili. Pág. 252 y ss. Así también “La Técnica Jurídica consiste en la utilización idónea del conjunto de procedimientos, reglas, principios y habilidades que facilitan la investigación, elaboración, modificación, interpretación, integración y aplicación del Derecho...” Vid. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General Del Derecho*. Tercera Edición. Abril 2006. Idemsa Lima Perú. Pág. 694.

²² La técnica legislativa está constituida por el conjunto de procedimientos y medios adoptados para la elaboración o formación de Leyes. Abarca un largo proceso, desde la comprobación de la necesidad de regular determinado sector de la realidad social, hasta el momento en que la ley entra en vigencia. Vid. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. Pág. 695.

²³ Vid. PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Pág. 273 y ss.

²⁴ Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

1.- ¿En qué medida el legislador peruano protege efectivamente el bien jurídico vida humana dependiente en la punición del delito de aborto eugenésico?

2.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

¿Por qué investigar el tema planteado materia de tesis? ¿Por qué es importante solucionar el problema? Estas son las preguntas más relevantes para justificar una investigación jurídica, para verificar su importancia y justificar el esfuerzo y atención, tanto en el ámbito jurídico como en el aspecto social, ello si consideramos en primer lugar el bien jurídico protegido en el presente estudio académico, la vida humana dependiente, resaltando que en efecto, desde la Constitución de 1979, se introdujo entre las normas que reconocen y proclaman lo derechos humanos, una que defiende al ser que simplemente ha sido concebido. El artículo 2° en su inciso primero establece “Toda persona tiene derecho: a la vida, a un nombre propio, a la integridad física y a libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece”,²⁵ el mismo se mantiene hasta nuestra actual Carta Magna, en consecuencia, al que está por nacer se le considera un ser vivo, como si este ya hubiera nacido, es por tanto un sujeto de derecho y como sujeto de derecho, tiene acceso al bien supremo de la existencia que es la misma existencia en sí. Además de ello, en el aspecto jurídico, en su calidad de ser vivo y sujeto de derecho, la ley al concebido le atribuye una personalidad propia, autónoma en lo que respecta a su bienestar integral y distinto a la de su propia madre como en el caso del aborto consentido o el provocado por la gestante, es así que estos principios de los que goza el feto, se contradice con el novísimo principio de autonomía de la madre que se ha instaurado en muchos sistemas jurídicos, y que se pretende implementar en otros, este principio (el de respeto a la autonomía de la madre) está basado en el respeto a la habilidad de la persona autónoma de controlar su propia vida y a decidir qué sucederá con su cuerpo, con sus planes de vida, con su economía, etc. Queda claro que el aborto es un tema delicado, con muchas aristas y muchas vertientes razón por la cual se ha revisado por expertos en casi todas las áreas de la bioética, Como ya se señaló, éste es un problema en el que comúnmente se mezclan la discriminación, políticas de salud y fines demográficos. De ahí que sea indispensable hacer dos distinciones: la primera es no confundir aborto terapéutico con el propiamente eugenésico, y en segundo lugar marcar la diferencia ente aborto como medida de control poblacional o con fines sociales, lo cual será materia de diferentes investigaciones.²⁶

²⁵ CHIRINOS SOTO, Francisco. *Código Penal Comentado Concordado, Jurisprudencia*. Editorial Rhodas. 6ta Edición. Marzo de 2014.

²⁶ REVISTA DE BIOÉTICA Y DERECHO “*Observatori de Bioètica i Dret*”, N° 24, Enero de 2012, Págs; 31-43. Disponible en: WWW.BIOÉTICAYDERECHO.UB.ES.

Aunado a ese contexto, el Profesor Tomás Gálvez refiere que atendiendo a que el derecho a la vida aparece constitucionalmente configurado como un derecho fundamental, su función de garantía frente al Estado resulta inobjetable. Desde esta perspectiva, corresponde al Estado tres tipos de deberes respecto a la vida: a) El deber de respetar la vida humana, proscribiendo los ataques que provengan del mismo Estado, b) El deber de proteger a la vida humana frente a los ataques homicidas procedentes de particulares en esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Constitucional de Derecho (Social y Democrático de Derecho), es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de las personas, y c) el deber de garantizar las condiciones para que no se produzcan violaciones contra dicho derecho.²⁷

En ese sentido, toca a los padres de aquel ser, la gran responsabilidad de protegerlo y de asegurar su cuidado para lograr una gestación exitosa y asegurar su nacimiento, y la sociedad, la laboriosa tarea de respaldar aquella obligación. Entonces de esa manera podrá hablarse ya de la vida humana independiente, que dicho sea de paso aún estará bajo la tutela y cuidado de los padres, por lo menos hasta que aquel ser, cumpla la mayoría de edad, que en nuestro estado peruano es a los 18 años, entonces, si entendemos bien el carácter de responsabilidad, sobre aquel ser en donde en el futuro, recaerán todos los derechos, protecciones y cuidados *sine cuanon* de manera posterior, el hombre como vida humana independiente, no podría gozar de los múltiples derechos que la Carta Magna reconoce y sintetiza principalmente en su catálogo de Derechos Humanos, esta protección deberá afianzarse hasta sus límites máximos y efectivos.

Ahora bien, ¿qué sucede si esa protección que el ordenamiento jurídico otorga al concebido, no es efectiva?, tendríamos un sin fin de normas que regularían la protección de dicho ser, sin embargo nada se podría hacer si no se cuenta con el soporte técnico apropiado para poder ostentar la cobertura real de defensa al concebido, que como hemos razonado, será el soporte de múltiples derechos que nuestra Constitución Política concede, y que lógicamente muerto este, no podría gozar de aquellos. Entonces, cobra vital importancia el interés por la búsqueda de tentativas de solución, que logren salvaguardar eficientemente este fundamental derecho a la vida humana dependiente, ahora bien, para lograrlo previamente y de manera breve debemos de recurrir al fundamento teórico del término eugenésico, el

²⁷ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012.

mismo que será abordado de manera detallada posteriormente en la presente investigación, el cuál conforme lo anotado por el maestro Tomás Aladino Gálvez, refiere que según el Sistema de Indicación Eugenésica, se permite el aborto para evitar el nacimiento de niños con taras degenerativas, y refiere además que son varios países que se han acogido a este sistema, entre los que se encuentra; España, Alemania, Francia, etc.,²⁸ sin embargo los recientes estudios de investigación al respecto, realizados en los países en los que se implantó la despenalización del aborto eugenésico, ha desencadenado una desprotección total del feto al que mediante procedimientos médicos, se determinó posibles taras o malformaciones, a su vez ello ha desencadenado diversas reacciones en contra de dicha despenalización, por varias instituciones asociaciones y fundaciones pródiga, pretendiendo en primer lugar, hacer recordar la historia de la eugenesia, y el por qué se creó, Entendiéndose que la historia de la Eugenesia tiene un pasado inhumano y hasta desafiante para todos los derechos humanos ya reconocidos hasta en ese entonces, recordemos pues que la eugenesia como ciencia para la mejora del linaje, fue ideada por el Dr. Francis Galton, médico inglés (primo hermano de Charles Darwin) en 1869, quien en su obra propone una eugenesia “positiva”, es decir buscar una reproducción dirigida a mejorar a las generaciones futuras desde el punto de vista genético a partir de la selección fenotípica de las parejas. Desde luego que en aquel entonces los blancos anglosajones eran las poblaciones, según él, más idóneas para poblar el mundo, este tipo de eugenesia desde ya marginante, discriminante, predominó en la primera mitad del siglo XX; principalmente en Estados Unidos, Gran Bretaña y Alemania, en donde se dio la promulgación de leyes eugenésicas de estado, tendientes a prohibir matrimonios inter raciales y por otro lado a esterilizar a personas discapacitadas.²⁹ Aunado a ello debemos precisar que la aparente tendencia político legal actual, proclamando la integración social, política y legal de las personas discapacitadas, más aún en estos países en donde se despenalizó el aborto eugenésico, es a todas luces una conducta hipócrita y no es acorde con la sistemática discriminación a que se las somete en los períodos más vulnerables y decisivos de su vida, permitiéndose que se les quite la vida hasta el mismo momento del parto, la cuestión central que surge con fuerza es la siguiente: ¿Puede ser la discapacidad una razón para eliminar la vida humana? ¿Resulta acorde con la filosofía de los derechos humanos? Es decir, en vez de tratar al discapacitado como se trata a los demás fetos y por tanto protegerle frente a las agresiones, la ley en estos países le discrimina y favorece o facilita que se le dé muerte. Finalmente corresponde destacar el hecho que las Naciones

²⁸ Ob. Cit. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012.

²⁹ RAFAE RICO GARCIA ROJAS, UMAE Hospital González Garza. México - Comité Hospitalario de Bioética, Departamento de Genética -“*Introducción a la bioética*”, 11 de Febrero del 2004.

Unidas recientemente trasladó al gobierno español la necesidad de cambiar este estado jurídico de desprotección e inminente incitación al aborto eugenésico, afirmando expresamente que actualmente los discapacitados están siendo discriminados, en estos países, comenzando por España, es así que existe una contradicción flagrante entre el derecho a la vida proclamado por el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" y la discriminación que imponen las diversas regulaciones actual es sobre el aborto.³⁰

¿Cuál es su trascendencia para la sociedad? Es de suma importancia y alberga gran trascendencia social puesto que la vida humana dependiente es la antecesora de lo que posteriormente será el hombre en toda su magnitud y proporción, con los derechos de los que se han escrito ríos de tinta, no obstante en la actualidad hasta se pretende despenalizar al aborto, por ejemplo la posición del maestro Muñoz Conde refiriéndose al aborto que "el problema social y político que representa el aborto, se está resolviendo al margen del Derecho Penal, sin que nadie piense a estas alturas que el Derecho Penal pueda resolver en esta materia ningún problema, ni proteger eficazmente la vida del feto. Si el Derecho Penal en este ámbito sirve para algo, es para castigar el aborto realizado sin consentimiento o con un consentimiento viciado de la mujer, la impericia médica o el aborto realizado en malas condiciones higiénicas, o por personas incompetentes o con cualquier finalidad lucrativa, para asegurar, en definitiva, a la mujer un trato digno y un respeto a su libertad en una decisión que sólo a ella incumbe"³¹, y es justamente que frente a ello, un sector dividido de la sociedad, propugna en la actualidad la despenalización del Aborto, para ser exactos, existen dos teorías; a) Despenalización absoluta que propugna que todo aborto consentido sea impune, y b) Despenalización condicionada a exigencias claramente señaladas por la ley(...).³² Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico penal, regula entre otros conexos, al aborto eugenésico, sancionándolo con tres meses de pena privativa de la libertad, no obstante, es justamente ahí, en la determinación de la pena, en donde hallamos uno de los principales problemas, que formará parte de nuestra investigación jurídica, puesto que no cumple con uno de los fines del derecho penal, procurando mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazando y

³⁰ JOAN VIDAL BOTA – INES ESPALLARGAS – MIREIA BAYLINA, *Aborto Eugenésico y Derechos Humanos*, España, 2014.

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 1996, p. 79

³² (...) de plazos tiene como característica central el límite temporal del aborto lícito, aceptándose por la generalidad de la doctrina dominante y la legislación comparada la doceava semana del embarazo, y; De indicadores, establece supuestos específicos que viabilizan la interceptación voluntaria del embarazo. Se plantean como indicadores los siguientes: aborto eugenésico, aborto ético o sentimental, aborto por indicación económico - social, aborto terapéutico.

castigando (...) ³³ y por ese motivo toca a los grupos sociales en especial a los estudiosos del derecho, aportar con un grano de arena, primero para evitar que dichas teorías se concreticen en nuestro ordenamiento jurídico y segundo para lograr el mejoramiento de la protección efectiva de tan importante derecho que incide y repercute directamente en nuestra sociedad peruana y mundial, conforme nos hemos referido en las interrogantes anteriores, es evidente entonces, que de no hallar las soluciones a este gran problema que dicho sea de paso, alberga varias aristas problemáticas, como son el aspecto social, moral, bioética, cultural, médico y político criminal, el resultado siempre será la desprotección del bien jurídico vida humana dependiente, que se encuentra bajo la afectación de graves taras físicas o psíquicas, encasillado mediante normas inefectivas, como la que tenemos actualmente, concluyendo en ese sentido que una protección inefectiva finalmente no significa una protección real. ³⁴

¿Quiénes se benefician con los resultados de la investigación? Los beneficiarios es la sociedad en conjunto y en especial el pequeño pero significativo grupo social discriminado ante sus discapacidades, que en la actualidad se ha demostrado, no ser obstáculo para lograr metas personales y obtener la autorrealización enmarcada en su propio proyecto de vida.

¿Para qué investigar el presente tema? En primer lugar para informar que pese a existir una norma penal que sanciona al aborto eugenésico, la prognosis ³⁵ del derecho Penal, para disuadir a las personas a no realizar dicho ilícito penal, segundo, forzar a que la investigación se efectúe en menor tiempo del determinado por la norma procesal penal, bajo el temor de que dicha investigación sucumba ante una excepción de Prescripción y tercero para buscar soluciones que logren estructurar una efectiva protección del bien jurídico vida humana dependiente, que se encuentra bajo la afectación de graves taras físicas o psíquicas. Ante todo ello es evidente que la normas

³³ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis – Colombia – 1996, Págs.13 y14. (...) en una consideración puramente jurídica, el derecho penal se caracteriza por ser un *conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas*.

³⁴ Para comprobar este resurgimiento en la defensa de la vida humana de la mano de Lila Rose protagonista de los siguientes vídeos, véase:

<http://www.youtube.com/watch?v=9U2UQikoHjU>,
<http://www.youtube.com/watch?v=Piny4Ur1EEA>, http://www.youtube.com/watch?v=FhfW_SE3c4c,
<http://www.youtube.com/watch?v=Gd8mX6ydYR0>, <http://www.youtube.com/watch?v=cnAlqJO2KP0>,
<http://www.youtube.com/watch?v=wKdAqssVDSc>,
http://www.youtube.com/watch?v=EPY8LE_XwRM,
<http://www.youtube.com/watch?v=dKIIM0kUH1M>.

³⁵ Artículo 120° Inciso 2, del actual Código Penal Peruano, se advierte que el legislador ha regulado una clase de aborto lo que la doctrina denomina Aborto Eugenésico, ilícito que será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses “*Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico*”.

actuales de protección a la vida humana dependiente que profesa nuestro código Penal, no se encuentran afinadas coherentemente, ya que apreciamos que se sanciona con mayor pena a las lesiones provocadas al feto que a la muerte de un feto que se encuentra bajo la inminente afectación de graves taras físicas o psíquicas, es decir en con estas desatinadas normas se pretende elucubrar que las lesiones tiene mayor reproche social que la muerte, como ya lo hemos planteado precedentemente, la pregunta detrás del telón será ¿desde cuándo la salud, la integridad corporal vale más que la vida? ¿Es que acaso la vida humana (sea dependiente o independiente) no es sustrato, presupuesto básico-necesario del derecho a la salud, a la integridad corporal? salvo que se considere que el bien jurídico tutelado en el delito de lesiones³⁶ sea de mayor relevancia que el bien jurídico vida humana dependiente. Entonces, en definitiva existen sendas razones para investigar el presente tema jurídico.

3.- OBJETIVOS.

3.1- General:

Demostrar luego del análisis correspondiente, que en nuestro código penal peruano vigente, a través de su Artículo 120° INCISO 2, que regula EL ABORTO EUGENÉSICO: “*El Aborto Será Reprimido Con Pena Privativa De Libertad No Mayor De Tres Meses (...)*”,³⁷ no ejerce una protección efectiva y real de la vida humana dependiente, sino que al contrario, mediante una pena privativa de libertad irrisoria de tres meses, el mismo que se encuentra íntimamente relacionado con los plazos de la investigación, para lo cual examinaremos detalladamente el plazo razonable, se verificará que ello impide al Fiscal encargado del caso tener un plazo adecuado y razonable para efectuar las diligencias en pro de la eficiente investigación, corriendo el peligro de enfrentarse ante una Excepción de Prescripción, dando como resultado, el latente menoscabo y desprotección de uno de los más importantes derechos fundamentales, como es el derecho a la vida.

3.2- Específicos:

Explicar los efectos jurídicos que produciría un eventual Excepción de prescripción en cualquier investigación por el delito de aborto eugenésico, verificando la posible impunidad generada ante el problema planteado en la presente investigación.

³⁶ Vid. PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Pág. 273 y ss.

³⁷ Artículo 120° INCISO 2, que regula EL ABORTO EUGENÉSICO: “*El Aborto Será Reprimido Con Pena Privativa De Libertad No Mayor De Tres Meses; 2. Cuando Es Probable Que El Ser En Formación Conlleve Al Nacimiento Graves Taras Físicas O Psíquicas, Siempre Que Exista Diagnóstico Médico.*”

Describir las posiciones teóricas y bioéticas, que versan sobre el aborto eugenésico y que repercuten en la protección efectiva del derecho fundamental a la vida.

Comprobar que ante el precitado Artículo 120° INCISO 2, que regula EL ABORTO EUGENÉSICO, no solo se desprotege al derecho a la vida si no que produce una eminente vulneración del derecho a la igualdad, consagrado en nuestra Constitución Política y en diversos tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, conforme se a las recientes investigaciones y tendencias jurídico-sociales planteadas en los países en donde el aborto eugenésico se encuentra autorizado y por ende despenalizado.

Determinar si el legislador ha incurrido en falta de técnica legislativa al otorgar una mayor protección al bien jurídico Integridad Física o Corporal que al del bien jurídico Vida Humana Dependiente, al establecer en este, una pena privativa de libertad mayor que al del Aborto Eugenésico.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.

1.- Antecedentes.

Como antecedente de la investigación en el ámbito legislativo debemos recurrir a lo expuesto en el Artículo 120° Inciso 2, del actual Código Penal Peruano, se advierte que el legislador ha regulado una clase de aborto denominado por la doctrina como Aborto Eugenésico, ilícito que será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses *“Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”*.

La problemática se centra en el *quantum* de la pena privativa de la libertad a imponerse, pues nuestro código penal lo castiga con una pena irrisoria, al reprimir el ilícito con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses, siendo que en la práctica la duración del plazo de la investigación preliminar y de la investigación preparatoria a su turno, superan ampliamente los tres meses, con lo cual consideramos que, de seguirse un proceso, en estos casos nunca se podría condenar a nadie, porque no habrá inconveniente en plantear una excepción de prescripción, ya que prescribiría la acción penal a los cuatro meses y medio, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal³⁸.

Otro antecedente legislativo es el plazo establecido para las diligencias preliminares, que según el Inciso 2 del Art. 334° del Código Procesal Penal³⁹, el plazo de las diligencias preliminares conforme al Art. 3° es de 60 días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el Fiscal Podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de la investigación, sumado a ello se tiene que según la Casación N° 02-2008, de fecha 03 de Junio del Año 2008 (Lima), la cual es Doctrina Jurisprudencial precisó⁴⁰ *“Los plazos para las*

³⁸ Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta Edición. Quinta Reimpresión: 2006. Lima - Perú. Editorial San Marcos. Pág. 95.

³⁹ Artículo Modificado por la Ley N° 30076; publicada en el diario Oficial el Peruano con fecha 19 de Agosto del Año 2013.

⁴⁰ Separación del Cómputo de los plazos de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria. TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I Jurisdicción Penal. Segunda Edición (Revisada, Aumentada y Actualizada). Abril 2010. Editorial Reforma. Págs. 269-272.

diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; son diferentes y no se hallan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.... Finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es el límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable... Debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal..., debe computarse [la investigación preparatoria] a partir de su comunicación en virtud de lo establecido en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres.”

2.- Siglas Empleadas En La Investigación.

Abreviaturas.

CP	Código Penal.
CPCConst.	Código Procesal Constitucional.
CNM	Consejo Nacional de la Magistratura.
DU	Decreto de Urgencia.
Exp.	Expediente.
F.j.	Fundamento Jurídico.
LOTSC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
A.P.	Acuerdo plenario.
PJ	Poder Judicial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (Peruano).
TC	Tribunal Constitucional.

3.- Base Teórica.

Se basa el análisis dogmático de los criterios empleados por el Tribunal Constitucional, la corte suprema de justicia y por la doctrina nacional y extranjera.

- Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC N° 5228-2006-PHC/TC Caso Samuel Gleiser Katz.
- STC N° 3509-2009-PHC/TC Caso Walter Gaspar Chacón Málaga.
- STC N° 02005-2009-PA/TC Caso sobre Anticonceptivo Oral De Emergencia (Píldora del Día Siguiente).
- STC N° 02748-2010-PHC/TC Caso Alexander Mosquera Izquierdo.

DEL PODER JUDICIAL – CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA:

ACUERDO PLENARIO N° 9-2007/CJ-116

ASUNTO: SOBRE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PARA DELITOS SANCIONADOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SEGÚN LOS ARTÍCULOS 80° Y 83° DEL CÓDIGO PENAL

ACUERDO PLENARIO N° 8-2009/CJ-116

ASUNTO: LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL ART. 46° - A Y ART. 49° DEL CP

ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116

ASUNTO: PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES.

ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116

ASUNTO: ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN EN DELITOS FUNCIONARIALES.

ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116

ASUNTO: SOBRE LA NECESIDAD DE REEVALUAR LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISPUESTA EN EL ARTÍCULO 339°.1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

SUB-CAPÍTULO I

GENERALIDADES.

SUBCAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE EL ABORTO.

I.- BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE EL ABORTO.

¿Cuándo comienza la vida humana? ¿En qué momento verdaderamente se convierte el pequeño organismo que se desarrolla dentro del seno materno en un ser humano? En el momento de la concepción o fecundación están presentes todos los elementos necesarios de la creación de un nuevo ser humano. Al unirse los cromosomas del padre y de la madre, forman una persona humana absolutamente única, que nunca se repetirá. En ese momento comienza la vida. Desde ese instante toda formación futura de la persona es totalmente una cuestión de desarrollo, crecimiento y maduración. Desde el momento de la concepción el ser humano crece hasta que llega al final de la vida.

El aborto es la muerte de un niño o niña en el vientre de su madre producida durante cualquier momento de la etapa que va desde la fecundación (unión del óvulo con el espermatozoide) hasta el momento previo al nacimiento.

En realidad lo que la sociedad tiene conocimiento de lo ¿qué es? ¿Cómo se manifiesta? ¿Cómo se realiza o se lleva a cabo un aborto? Son pocos los conocimientos en sí, puesto que nadie está preparado para tenerlo y mucho menos sabe las consecuencias que esto puede tener.

En esta monografía realizada, nos encontramos con muchas cosas que ni siquiera podríamos haber pensado en algún momento que estuviera una persona en esa situación.

En cuanto a la sociedad se refiere, no está preparada ni capacidad para sobreponerse a este problema.

En cuanto a lo religioso la iglesia no admite que el aborto se lleve a cabo, ya que por la gracia de Dios debemos de recibir al bebe aunque las circunstancias económicas no lo permitan.

1.- EL ABORTO.

1.1.- CONCEPTOS.

Prima facie podríamos entender al aborto como la muerte de un neonato (varón o mujer) en el vientre de su madre producida durante cualquier momento de la etapa que va desde la fecundación (unión del óvulo con el espermatozoide) hasta el momento previo al nacimiento.

Conceptos de la palabra Aborto:

Luego de haber realizado una breve investigación entre las diversas disciplinas científicas biomédicas, hemos hallado tres significados distintos que puede tener la palabra **ABORTO**, a continuación se detalla:

A) EN OBSTETRICIA.

Por aborto se entiende la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, o sea hasta el final del sexto mes de embarazo; la expulsión en los tres últimos meses se denomina parto prematuro, por la viabilidad del producto. Desde cierto punto de vista, el concepto médico obstétrico es más amplio que el concepto jurídico-delictivo, porque aquel no toma en cuenta como este la causa del aborto; el ginecólogo denomina aborto, tanto al espontáneo por causas patológicas, como al provocado: terapéutico o criminal. Desde otro punto de vista, el lenguaje obstétrico es más restringido, porque se refiere a la época de no viabilidad del feto. Este concepto médico no tiene aplicación jurídica.

B) EN LA MEDICINA LEGAL.

Disciplina que pone al servicio del Derecho las ciencias biológicas y artes médicas, limita la noción del aborto a aquellos que pueden ser consecutivos de delito, es decir, a los provocados, a los que se originan en la conducta internacional o imprudente del hombre; la medicina legal no atiende ni a la edad cronológica del feto ni a su aptitud para la vida extra uterina o viabilidad.

Garraud refiere lo siguiente: "El aborto es la expulsión prematura violentamente provocada, del producto de la concepción. Tardieu, con su definición clásica, expresa: "El aborto es la expulsión prematura, violentamente provocada, del producto de la concepción, independiente de todas sus circunstancias de edad, de viabilidad y aun de forma regular. Estas definiciones son incompletas, porque no prevén la muerte del feto dentro del claustro materno. Lacassagne basa el delito en "la intervención voluntaria que determina la muerte expulsión del producto, modifica o suspende el curso normal del embarazo". Cuello Calón, para

comprender la expulsión prematura del feto y su muerte dentro del claustro materno, enseña: "La destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos de la preñez."

Según la OMS, aborto es "la interrupción de un embarazo tras la implantación del huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto haya alcanzado viabilidad, es decir, antes de que sea capaz de sobrevivir y mantener una vida extrauterina independiente" (OMS 1994). La OMS considera también, que el límite de viabilidad de la edad gestacional es de 22 semanas, el peso fetal de 500 gr. y la longitud céfalo nalgas de 25 cms⁴¹.

A partir de la definición general de aborto se han generado diversas categorías de este, dependiendo de las circunstancias en las que se produce⁴²:

- a) **Aborto libre:** Es el aborto realizado bajo el derecho que tendría la mujer para interrumpir su embarazo. Las motivaciones más frecuentes para invocarlo son las económicas o sociales. Bajo este concepto, se acepta como suficiente la voluntad de la mujer y bastaría el hecho de ser un embarazo no deseado.
- b) **Aborto eugenésico:** Es aquel que tiene como fin la eliminación de un feto cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad severa.
- c) **Aborto por razones médicas o terapéuticas:** Es la interrupción voluntaria de un embarazo - cuando la vida del feto se considera pérdida (producto muerto) o representa un gravísimo peligro para la madre- para salvaguardar la vida de la paciente.
- d) **Aborto ético o criminológico,** el cual se lleva a cabo cuando el embarazo ha sido consecuencia de una violación.
- e) **Aborto por motivaciones mixtas:** Referido a la llamada reducción fetal selectiva, que pretende eliminar algunos embriones en el caso de embarazos múltiples, con el fin que otros tengan mejor probabilidad de sobrevivir.

⁴¹ Derogación del aborto terapéutico en Nicaragua: Impacto en la salud. Salud de la familia y la comunidad OPS/OMS. 2007.

⁴² BESIO, Mauricio, Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico, Boletín de la Escuela de Medicina de la Universidad Católica de Chile, Vol. 27, N° 1, 1998.

El **aborto terapéutico** se ha entendido en diversas legislaciones, como la **interrupción de un embarazo por razones médicas**, que puede motivarse por razones preventivas, en el caso que durante la gestación empeore el pronóstico de una enfermedad de base haciendo inviable el feto, o razones curativas, cuando se considera que el embarazo causa un peligro para la vida de la madre o para su salud física o mental.

La práctica del aborto terapéutico es un tema que genera cuestionamientos debido a los juicios éticos, científicos, filosóficos, teológicos y jurídicos relativos a la concepción de la vida; y a la posible contraposición entre los derechos de la madre y de los del feto. Asimismo, al regular este tipo de práctica, de alguna forma, se percibe que se abre la discusión para que los abortos libres tengan espacio.

De los 193 países que conforman las Naciones Unidas, 189 (excluyendo cuatro países: El Salvador, Chile, Honduras y recientemente Nicaragua desde el 26 de Octubre del 2006⁴³) permiten el aborto terapéutico cuando el motivo del mismo es salvar la vida de la mujer embarazada y casi dos tercios para preservar la salud física y/o mental de las mujeres. Según esta información sólo el 4% de la población mundial vive en países donde el aborto está totalmente prohibido⁴⁴.

1.2.- Estimaciones mundiales de aborto inducido.

Según estimaciones llevadas a cabo por el *Guttmacher Institute*, la incidencia del aborto inducido había bajado entre los años 1995 al 2003 en el mundo, sin embargo en los años siguientes, la tasa de aborto se estancó manteniéndose estable, en cifras similares entre el año 2003 y 2008⁴⁵. Tal como se observa en las siguientes cifras:

1. La tasa de aborto inducido mundial⁴⁶, pasó de ser 35 en 1995 a 29 en el 2003⁴⁷, para luego bajar a 28 el 2008⁴⁸;

⁴³ Información disponible en: <http://worldabortionlaws.com/map/> (Mayo, 2015).

⁴⁴ Derogación del aborto terapéutico en Nicaragua: Impacto en la salud. salud de la familia y la comunidad Ob. Cit.

⁴⁵ Guttmacher Institute. Facts on Induced Abortion Worldwide 2012. Información disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html (Mayo, 2015).

⁴⁶ Número de abortos inducidos al año por cada 1.000 mujeres de entre 15-44 años

⁴⁷ Sedgh, G et al. Induced abortion: estimated rates and trends worldwide. In *The Lancet*, Vol. 370, No 9595 (2007), pp 1338-1345. Información disponible en: <http://bcn.cl/hdzu> (Mayo, 2012).

⁴⁸ Guttmacher Institute. Facts on Induced Abortion Worldwide 2012. Ob. Cit.

2. Para los países desarrollados la baja es mayor que para los países en desarrollo. Así, para los primeros las tasas fueron de 39 a 25, desde el año 1995 al 2003, para luego bajar a 24 el 2008; En los países en desarrollo, la baja entre 1995 y 2005 fue de 34 a 29, manteniéndose en esa cifra para el siguiente periodo medido⁴⁹. Donde hubo una mayor baja fue en los países de Europa del Este, donde la tasa estimada era de 90 cada 1.000 mujeres en el año 1995 y para el 2003 era solo de 44⁵⁰, bajando a 43 para el año 2008⁵¹.
3. Respecto a los abortos que se dan en condiciones de inseguridad⁵², entre los años 1995 y 2008, la tasa se ha mantenido esencialmente igual en el mundo: 14 abortos por cada 1.000 mujeres de edades ente 15-44, aunque en términos proporcionales los inseguros crecieron de 44% al 46%⁵³.
4. El 98% de los abortos inseguros inducidos, en el mundo, se dan en países en desarrollo⁵⁴.
5. En países en vías de desarrollo el 56% de todos los abortos se dan en condiciones de inseguridad, comparado con el 6% en países desarrollados⁵⁵.
6. En Latinoamérica en particular, la tasa de abortos inseguros es de 31-32 por cada 1.000 mujeres de edades ente 15-44, más del doble de la tasa mundial⁵⁶.

A partir de esta información se concluye que las cifras de aborto se han mantenido estables, sin embargo los en condiciones de inseguridad, proporcionalmente han aumentado. Segundo, que los países desarrollados con mayor acceso a educación sexual y

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ Sedgh, G et al. Induced abortion: estimated rates and trends worldwide. Ob. Cit.

⁵¹ Guttmacher Institute. Facts on Induced Abortion Worldwide 2012. Ob.Cit.

⁵² Guttmacher Institute. La organización mundial de la salud define aborto inseguro como un procedimiento para terminar con un embarazo que es realizado ya sea por una persona que carecen de las habilidades necesarias o en condiciones carentes de los estándares médicos mínimos, o ambas cosas. Información disponible en: http://media.mcclatchydc.com/smedia/2007/10/17/13/Chang-Guttmacher_Institute_abortion_report.source.prod_affiliate.91.pdf (Mayo, 2012).

⁵³ Guttmacher Institute. Facts on Induced Abortion Worldwide 2012. Ob. Cit.

⁵⁴ Guttmacher Institute Hechos sobre el aborto en América latina y el Caribe.. Información disponible en: <http://www.guttmacher.org/sections/abortion.php?scope=comparative%20international> Mayo, 2012).

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Guttmacher Institute Hechos sobre el aborto en América latina y el Caribe.. Información disponible en: <http://www.guttmacher.org/sections/abortion.php?scope=comparative%20international> (Mayo, 2012).

métodos de planificación familiar (incluido el aborto) llevan la delantera en disminuir los abortos en general y los inseguros en particular.

Los abortos ilegales mayoritariamente son realizados en malas condiciones, sin embargo la legalidad no necesariamente garantiza condiciones de seguridad. La Fundación para la población de las Naciones Unidas (UNFPA) por sus siglas en inglés) sostiene que los abortos legales pueden realizarse en condiciones inadecuadas cuando el acceso está restringido por la burocracia, cuando la calidad de los servicios es deficiente, cuando estos no están disponibles, cuando las razones para permitirlo son muy restringidas o cuando el personal médico se rehúsa a practicar la operación a pesar de estar permitido (objeción de conciencia)⁵⁷.

Por esta razón y para asegurar un servicio de calidad, recientemente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa dio a conocer un informe aprobado en mayo de 2008, titulado Acceso para el aborto sin riesgo y legal en Europa. Este considera que el aborto no debe ser prohibido, invitando a los 47 países miembros a despenalizar el aborto y a garantizar a las mujeres el ejercicio efectivo de su derecho al aborto levantando las restricciones que dificultan, de jure o de facto, el acceso al aborto seguro⁵⁸.

1.3.- LA NOCIÓN DEL DELITO.

En los países en donde la legislación penal regula al Aborto, existen varias diferencias, algunas definen o reglamentan la infracción, entendiendo por ella la maniobra abortiva (delito de aborto propiamente dicho), sin fijarse directamente en que se produzca o no la muerte de feto. Otras legislaciones, definen el delito por su consecuencia final, por la muerte del feto (delito de aborto); la maniobra abortiva es apenas un presupuesto lógico del delito, es el modo de realizar la infracción prevista: aniquilamiento de la vida en gestación. Este es el sistema más sincero y racional, porque o desean teológicamente el abortador o la abortada, salvo casos de excepción, es la muerte del feto; es ese el objeto del delito, en el radica la intencionalidad y no en la maniobra abortiva, que es simplemente el modo de ejecución hemos empleado la palabra feto en su significado amplio (embrión, huevo, o feto).

⁵⁷ UNFPA. Estado de la Población Mundial 1997. Capítulo 2. En: <http://www.unfpa.org/swp/1997/spanish/sch2.pdf> (Mayo, 2012).

⁵⁸ SINÓPOLI, Ana María. *Estado actual de la legislación europea y española en materia de aborto. Breves Consideraciones Al Respecto*. Universidad de la Coruña. 2008.

1.4.- TIPOS DE ABORTO.

A.- Aborto Espontáneo.

El aborto espontáneo (AE) es la complicación más frecuente del embarazo (ocurre en el 10 al 15% de las gestaciones).

El sangrado es el signo más común de un aborto. Usted puede sentir dolor en el abdomen en la espalda. Un chorro de líquido caliente proveniente de su vagina también puede ser otro signo. Esto podría significar el rompimiento prematuro de la fuente.

El médico puede realizar un examen pélvico para verificar el tamaño del útero y el estado del cuello del útero. También puede realizarle una exploración por ultrasonido para corroborar si el embarazo ha ocurrido dentro o fuera del útero (el embarazo fuera del útero se conoce como ectópico). Este examen también puede mostrar si el feto ha muerto.

El aborto espontáneo, puede ser clasificado en las siguientes categorías: amenaza de aborto, aborto inevitable, aborto incompleto, aborto diferido (muerte fetal intrauterina antes de las 20 semanas sin sangrado vaginal) y aborto recurrente.

Para prevenir un aborto espontáneo, desafortunadamente, no se puede hacer mucho, excepto dejar de fumar y consumir menos cafeína; si ha tenido un aborto anterior, guardar reposo durante el siguiente embarazo, durante los exámenes médicos el doctor puede determinar si su cervix es incompetente y se puede coser para prevenir una dilatación excesiva. También es un factor de riesgo que se puede prevenir el hecho de concebir después de los 35 años.

B.- Aborto Provocado.

Un aborto inducido pasa cuando la mujer decide terminar el embarazo. Se hacen casi todos los abortos (aproximadamente 90%) en las primeras 12 semanas del embarazo (14 semanas desde el empiezo de la última regla). Este tipo del aborto se llama "aborto del primer trimestre." Se hace aproximadamente 10% de los abortos en las próximas 12 semanas del embarazo. Este tipo del aborto se llama "aborto del segundo trimestre."

Unos pocos abortos pasan después del segundo trimestre. Se hace estos solamente para salvar la vida o la salud de la mujer o en casos de anomalías severas en el feto. Solamente unos pocos médicos proveen este cuidado en todo el país.

C.- Aborto Quirúrgico.

Es un procedimiento quirúrgico o médico para terminar un embarazo, por el cual el feto y la placenta se extraen del útero.

Se puede practicar un aborto quirúrgico entre las semanas 6 y 12 del embarazo con la paciente despierta. A ella se le da la opción de someterse al procedimiento bajo sedantes o con la insensibilización del cuello uterino (anestesia local) por medio de una inyección para evitar el dolor.

Un aborto se puede llevar a cabo de manera no quirúrgica para un embarazo de menos de 7 semanas a partir del primer día del último período menstrual utilizando una combinación de medicamentos. El régimen actual aprobado por la FDA incluye la administración de una dosis de mifepristona (RU486), una antipogestina, seguida de una dosis de misoprostol, un medicamento análogo de la prostaglandina, dos días más tarde. Estos medicamentos se pueden administrar en el consultorio médico después de elaborar la historia clínica y hacer el examen físico completo.

D.- El aborto quirúrgico del primer trimestre.

En los abortos del primer trimestre, el procedimiento (se llama aspiración del succión) dura un tiempo muy corto. Hay poco riesgo médico. Anestesia general no es necesaria, pero muchos pacientes reciben un sedante intravenoso leve.

Primero, se inserta un instrumento estrecho de plástico o metal en la vagina para mantenerla abierto. Se entumece la entrada a la matriz (se llama la cerviz) con anestesia local. Se ensancha despacio la cerviz. Se inserta un tubito en la matriz. El tubito está conectado a una bomba que hace succión. Después de vaciar la matriz, el médico podría usar un instrumento como una cucharita para investigar si todavía hay tejido adentro de la matriz. Durante este tiempo es común tener calambres. Este procedimiento del aborto dura aproximadamente 10 minutos.

E.- El aborto quirúrgico del segundo trimestre.

El método que se usa más para los abortos del segundo trimestre se llama dilatación & evacuación (D y E). D y E es semejante como el aborto de succión. Debido que es más tarde en el embarazo, este procedimiento requiere que se ensanche más la cerviz y que se usa un tubo más grande para la succión. Puede ser necesario usar instrumentos adicionales. La anestesia general no es necesaria, pero muchas pacientes reciben un sedante intravenoso. Este procedimiento del aborto dura aproximadamente 10-30 minutos.

1.5.- CAUSAS.

Las alteraciones cromosómicas constituyen la causa más común de esta alteración. El aborto espontáneo recurrente (AER) ha sido definido como la verificación de 3 o más AE reconocidos clínicamente. Datos epidemiológicos indican que el riesgo de un nuevo aborto después de un AE (aborto espontáneo) es del 24%, pero asciende a un 40% después de 4 AE (abortos espontáneos) consecutivos. También se han propuesto como causa de AER (aborto espontáneo recurrente) las alteraciones de la arteria uterina. Entre los factores anatómicos adquiridos están las adherencias intrauterinas, los miomas, la adenomiosis, las cirugías tubéricas y la endometriosis que es una enfermedad que ocurre cuando el tejido endometrial, es decir, el tejido que reviste internamente el útero y que se expulsa durante la menstruación, crece fuera de él.

En el caso de los miomas, se dice que su asociación con los AER (aborto espontáneo recurrente) puede obedecer a factores mecánicos, tales como reducción de la cantidad de sangre que se irriga, alteraciones de la placenta y contracciones uterinas que determinan la expulsión fetal.

Se cree que el AER (aborto espontáneo recurrente) en mujeres con endometriosis puede deberse a la secreción de toxinas o a una mayor producción de prostaglandinas, que generan contracciones uterinas y alteraciones hormonales. Sin embargo, no se sabe si el aborto es ocasionado por la endometriosis o por mecanismos inmunológicos indirectos.

Los problemas de salud de la madre pueden ser las causas de un aborto. Fumar, consumir alcohol, los traumas y el abuso en el consumo de drogas, aumentan las posibilidades de un aborto

Hay varias razones por las cuales se podría considerar la posibilidad de un aborto:

- a) Cuando la mujer posiblemente no desea quedar embarazada (terminación electiva)
- b) Cuando el embarazo amenaza la salud de la mujer (aborto terapéutico)
- c) Cuando hay posibilidades de que se presente una anomalía en el feto en desarrollo (defecto de nacimiento, anomalía genética)

1.6.- CONSECUENCIAS Y EFECTOS DEL ABORTO.

Entre las complicaciones, que ameriten el ingresar al hospital se encuentra la infección y hemorragia, que obliguen en ocasiones a tratamientos radicales como la histerectomía aún en mujeres muy

jóvenes.

En cuanto a las complicaciones a largo plazo, los resultados de múltiples estudios efectuados son contradictorios y gran parte de ellos tienen inconsistencias metodológicas. Algunos sugieren que pueden afectar embarazos posteriores aumentando el riesgo de permutares, embarazo ectópico, aborto espontáneo o bajo peso del niño al nacer, especialmente en los casos de aborto repetido, o cuando bien, sean usadas técnicas que han lesionado el Cérvix. De cualquier manera lo mismo que para el estudio de otros peligros potenciales del aborto, las complicaciones a largo plazo son más graves cuando se trata de aborto ilegalmente inducidos, y estos no es causal: en la mayoría de los casos se debe a las condiciones en que se realizan las intervenciones: personal no capacitado, escasas o nulas medidas de higiene, utilización de material o instrumental improvisado o inadecuado, intervenciones mal practicadas, desprotección y abandono a su muerte en caso de complicaciones.

La consecuencia más grave es la muerte de la mujer y esta situación es particularmente complicada cuando esa mujer tiene otros hijos. La complicación frecuente es la infección, la que comúnmente se limita a la matriz aunque pueden extenderse llegando a producir incluso peritonitis.

Por otra parte, no es rara la perforación accidental de las paredes de la matriz durante la dilatación y el legrado, pudiendo el desgarro llegar a afectar vejiga o intestino.

En caso del aborto en las adolescentes es particularmente complicado sobre todo el caso de aquellos precarios recursos económicos y que lo practican a escondidas de sus familiares con o sin el apoyo de su pareja, aborto que será realizado por personas no capacitadas médicamente, pero constituyen para ellas la única opción debido al costo económico de la intervención, por lo que cientos de mujeres recurren a él y muchas mueren por ser atendidas en condiciones de insalubridad e in clandestinidad.

1.7.- CONSECUENCIAS FÍSICAS Y PSICOLÓGICAS EN GENERAL.

El aborto, legal o ilegal también daña física y psicológicamente a la mujer y hasta puede acarrear la muerte. La propaganda pro - abortista continuamente proclama la mentira de que el aborto legal es médicamente "seguro", y de que es necesario legalizarlo o despenalizarlo debido a la gran cantidad de muertes maternas causadas por el aborto ilegal. Esta estrategia para legalizar el aborto se llama engañosamente "maternidad sin riesgos".

1.8.- EFECTOS DEL ABORTO EN LA RELACIÓN ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER.

Es lógico que los efectos negativos del aborto en la mujer afecten también la relación con su esposo o "amigo". Precisamente entre los efectos negativos emocionales del aborto en la mujer están la aversión hacia su esposo o "amigo", una desarmonía general en sus relaciones interpersonales. De hecho, ciertos estudios muestran que hasta un 70% de las parejas se separan en el término de un año después de haber ocurrido el aborto.

Las leyes en los Estados Unidos, le permiten a la mujer recurrir al aborto sin el consentimiento de su esposo. Es insólito que el propio padre no pueda ni siquiera tener la posibilidad, por medio de la persuasión, de impedir la matanza del hijo que su esposa lleva dentro. Esto obviamente tiene que afectar la relación marido-mujer, pues se trata de una de las áreas principales del matrimonio: traer hijos al seno de una familia.

Tristemente, sin embargo, en muchos casos, por no decir la mayoría, es el marido o "amigo" quien empuja a la mujer hacia el aborto, negándole todo tipo de apoyo o aún amenazándola con el abandono si no se lo practica. Todo esto va no sólo en detrimento de la mujer, sino de la misma institución del matrimonio y la familia. El aborto facilita el machismo y la explotación de la mujer por parte del hombre, pues le hace más fácil ser irresponsable y la convierte a ésta en un objeto sexual.

1.9.- EFECTOS DEL ABORTO EN LOS HIJOS.

El aborto también repercute en los otros hijos que ya se tienen o que nacen después, ya que otro de los efectos emocionales negativos del mismo en la mujer es precisamente la frustración de su instinto maternal. Y así se dan casos de superprotección por parte de la madre que ha abortado hacia los hijos que posteriormente llega a tener, a quienes ella causa daños emocionales.

Otro triste aunque interesante dato es que el maltrato infantil ha aumentado en los Estados Unidos en un 500% después de la legalización del aborto.

A.- EFECTOS FÍSICOS:

Esterilidad.

Abortos espontáneos.

Embarazos ectópicos.

Nacimientos de niños muertos.

Trastornos menstruales.

Hemorragia.

Infecciones.

Shock.

Coma.

Útero perforado.

Peritonitis.

Coágulos de sangre pasajeros.

Fiebre /Sudores fríos.

Intenso dolor.

Perdida de otros órganos.

"Mi médico no me contó que podría tener una abundante hemorragia y una infección que me podría durar semanas, como así fue. Tampoco me dijo nada sobre la posibilidad de que me extirpasen el útero (histerectomía), tal como me hicieron ocho meses más tarde", dijo una de las víctimas del aborto.

Llanto/ Suspiros.

Insomnio.

Pérdida de apetito.

Pérdida de peso.

Agotamiento.

Tragar constantemente.

Nerviosismo.

Disminución de la capacidad de trabajo.

Vómitos.

Trastornos gastrointestinales.

Frigidez.

Muerte.

B.- EFECTOS PSICOLÓGICOS:

Culpabilidad.

Impulsos suicidas.

Sensación de pérdida.

Insatisfacción.

Sentimiento de luto.

Pesar y remordimiento.

Retraimiento.

Pérdida de confianza en la capacidad de toma de decisiones.

Inferior autoestima.

Preocupación por la muerte.

Hostilidad.

Conducta autodestructiva.

Ira/ Rabia.

Desesperación.

Desvalimiento.

Deseo de recordar la fecha de la muerte.
Preocupación con la fecha en que "debería" nacer o el mes del nacimiento.
"Nadie me dijo nunca que viviría con esta decisión durante el resto de mi vida. Han pasado varios años pero mi pena continua."
Intenso interés en los bebés.
Instintos maternales frustrados.
Odio a todos los relacionados con el aborto.
Deseo de acabar la relación con su pareja.
Pérdida de interés en el sexo.
Incapacidad de perdonarse a si misma.
Sentimiento de deshumanización.
Pesadillas.
Ataques / Temblores.
Frustración.
Sentimientos de ser explotada.
Abuso de los niños.

B.1.- CASO Nº 1:

Cada año, más de un millón y medio de mujeres se practican abortos. Eso significa que más de 4.000 niños aún no nacidos son matados legalmente cada día. Para muchos, el aborto parece ser la decisión correcta en el momento. Pero a estas mujeres casi nunca se les cuentan los posibles efectos físicos y psicológicos que pueden arrastrar como secuela para el resto de sus vidas.

"El tormento mental que sentiría al saber que había matado a mi bebé... ojalá alguien me lo hubiera advertido", declaró una mujer que abortó.

C.- EFECTOS PSICOSOCIALES.

Los efectos psicológicos y sociales del aborto deberán ser analizados y reflexionados a partir de las condiciones individuales y familiares que se genera éste.

Para la mayoría de las mujeres, es suficiente confirmar un embarazo no deseado para enfrentar una mezcla de sentimientos contradictorios, entre los cuales se encuentran la posibilidad del aborto; decisión difícil y dolorosa.

El caso de las mujeres adolescentes no es diferente pero, además queda condicionado a la reacción de la familia, a la situación económica de esta, sobre todo cuando la pareja elude la responsabilidad que le corresponde.

A este respecto hay que señalar la angustia que experimenta una

adolescente que se descubre embarazada, cuando tiene que confiar su estado a una familia excesivamente rígida: los sentimientos de miedo y desesperación la llevan muchas veces a enfrentar sola esta experiencia cuando, además, no cuenta con el apoyo económico para pagar la intervención.

Por el contrario, cuando existe una relación de confianza, la ayuda que aportan los padres en tales circunstancias contribuye a allanar muchas dificultades, y a apaciguar las emociones de pánico y culpabilidad en la que la adolescente se ve sumergida.

Pudiera pensarse que esta decisión se toma ante la opción de poner fin a un embarazo no deseado que, de otra manera, llevaría a la adolescente a ser madre soltera con todas las situaciones que este hecho genera y en las cuales se verá implicada la familia.

El sentimiento de soledad y frustración embargada, tiene su origen en el deseo que experimenta por la maternidad a la que renuncia, y por no haber sido apoyada por su pareja, incluso por querer mantener apariencias de importancia social.

Para la mayoría de las mujeres la terminación de un embarazo no deseado es un alivio, sobre todo si se considera haber tomado la decisión correcta; sin embargo, este sentimiento de alivio puede mezclarse después con sentimientos de culpa, y resulta fácil, las cargas de culpa que soportan solas, ya que nuestra sociedad censura a la mujer que se embaraza pero no al hombre que la embarazó; de él no se habla en ningún foro donde se debate este tema a pesar de estar profundamente involucrado.

La mayor parte de los datos de que se dispone avala la posición de que el aborto, en la mujer adolescente, tiene menos consecuencias emocionales y sociales de vasto alcance que la maternidad en las adolescentes, en particular si estas conservan sus niños.

Para la mayoría de las mujeres, los beneficios emocionales del aborto son mayores que los riesgos psicológicos que comportan, desde luego dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso. La decisión de poner fin a un embarazo no deseado constituye, en muchos casos, una manera saludable de afrontar la realidad, una experiencia hacia la madurez que culmina en una sensación de alivio, son todos los sentimientos pasajeros de culpa, tristeza y pérdida que son comunes a las mujeres que han sufrido un aborto.

No obstante, ninguna mujer desearía abortar ni en el peor de los casos,

y quienes tienen que afrontar esta difícil decisión quisieran no haber tenido que hacerlo.

El aborto presenta un problema social de grandes magnitudes, al poner de manifiesto las desigualdades sociales en las cuales se dan en nuestro país.

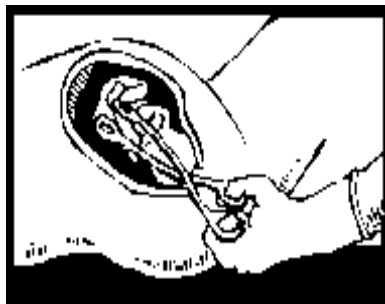
2.- PROCEDIMIENTOS DE ABORTO MÉDICO.

2.1.- ABORTO DE NACIMIENTO PARCIAL.

("D Y X")

Este horrible procedimiento se realiza durante el segundo o tercer trimestre del embarazo. El abortista introduce unos fórceps en el útero y, guiado por la ecografía, agarra los pies del bebé y tira de ellos hasta que la parte inferior de la cabecita está expuesta. Luego utiliza unas tijeras para abrir un agujero en la cabeza del bebé, a través del cual introduce un catéter para succionarle el cerebro. Una vez hecho esto, el cuerpo inerte del bebé es "evacuado". Véanse las figuras que muestran la realidad sobre el aborto provocado, y del procedimiento de D & X.⁵⁹

Figura N° 1

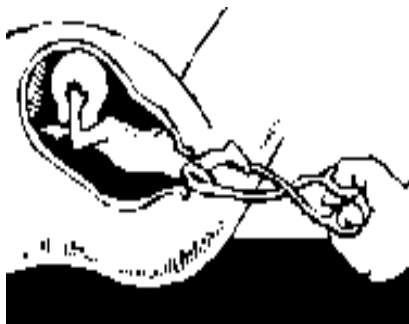


Guiado por la ecografía, el abortero sujeta la pierna del bebé con fórceps.

Figura N° 2

⁵⁹

http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/aborto_index.html



La pierna del bebé es sacada fuera.

Figura N° 3



Tirando del fórceps, el abortero extrae del canal genital el cuerpo del bebé, excepto la cabeza.

Figura N° 4



El abortero clava unas tijeras en la región occipital del bebé, después las abre para agrandar el agujero.

Figura N° 5



El abortero introduce un catéter en el agujero, a través del cual vacía el cerebro por succión; finalmente extrae la cabeza del útero. El procedimiento ha terminado.

SUB-CAPÍTULO II

EL ABORTO COMO DELITO.

SUBCAPÍTULO II. EL ABORTO COMO DELITO.

1.- El Bien Jurídico protegido.

En primer lugar debemos considerar, la determinación de si estamos ante un bien jurídico digno de protección, para luego enmarcar su importancia para determinar la legitimidad de perseguir una conducta considerada delictiva, pues si graves son las consecuencias de la intervención del Derecho penal, es de esperar que sean importantes las finalidades que se buscan preservar. Por ello, el autor Abanto Vásquez señala que la teoría de los bienes jurídicos no ha dejado de ser la piedra angular de todo Derecho penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho.⁶⁰

A consecuencia de ello, la amenaza de pena va dirigida a una conducta desvalorada socialmente por constituir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico digno de protección. En el delito de aborto, el bien jurídico protegido es la vida humana.⁶¹ Qué duda cabe de que estamos ante un bien

⁶⁰ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. En: AA. VV. *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*. [Urquiza Olaechea (dir.)]. Lima, Idemsa, 2007, p. 70. En el mismo sentido, Polaino Navarrete considera que la función primordial del Derecho Penal es la función de protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos a los mismos. En cuanto a la vigencia de la norma, señala que no es propiamente una “función”, sino la consecuencia directa y principal que la función tutelar-preventiva tiene en el sistema social, *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima, Grijley, 2005, pp. 110-111.

⁶¹ Por todos, *Vid.* CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal. Parte Especial I*. Lima,

jurídico de gran importancia. El derecho a la vida encuentra reconocimiento - fíjese que no decimos fundamento- en nuestra Constitución y en diversas normas internas e internacionales, las mismas que reconocen el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Constitución Política del Perú:

Art. 2° inc. 1: **Toda persona tiene derecho a la vida... El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.**

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

Art. 4º: inc. 1: **Toda persona tiene derecho a que se le respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.** Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Código de los Niños y Adolescentes:

Art. 1º: **El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de su concepción.** El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico y mental”.

Código Civil:

Art. 1: La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

Debemos ocuparnos también por señalar lo referido por el Derecho Internacional, como se sabe, la obligatoriedad de los tratados se fundamenta en los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*. Los compromisos internacionales asumidos deben ser respetados de manera sincera, honesta y leal.⁶² No cabe, pues, desconocer lo previsto por las normas internacionales protectoras de los Derechos Humanos.

En este sentido, opinamos que tanto la legislación interna como internacional ya ha zanjado el tema: el concebido tiene derecho a la vida.⁶³ No es propio de un Estado de Derecho desconocer el derecho a la vida del concebido a

Grijley, 2008, p. 936.

⁶² NOVAK, Fabián, y SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima, Fondo Editorial de la PUC, 2002, pp. 44-51.

⁶³ El óvulo fecundado, como bien se sabe, tiene una identidad genómica propia, única e irrepetible; no cambiará a lo largo de la vida, *vid.* VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético. Principios generales*. Trujillo, Normas Legales, 1995, pp. 28-36.

partir del debate de si el concebido tiene o no la condición de persona. Ese proceso de despersonalización⁶⁴ de seres humanos para, acto seguido, desconocer los derechos más elementales de cualquier sociedad civilizada es, desde todo punto de vista, inadmisibile.

Ahora, el derecho a la vida, en este orden de ideas, tiene un sólido anclaje en nuestro ordenamiento jurídico. Como no podía ser de otro modo, pues sin el respeto del derecho a la vida, los demás derechos carecen de sentido.

2.- El Consentimiento.

En las ciencias médicas, algunos médicos, sobre todo los que están a favor de la despenalización del aborto, consideran que el consentimiento de la “paciente”, esto es, el de la mujer gestante, debe ser respetado y debe prevalecer por encima de cualquier otra consideración. Desde el punto de vista penal, evidentemente, las cosas son distintas. Ciertamente es que el consentimiento tiene por virtud eliminar el injusto típico,⁶⁵ más para que ello ocurra se exige una cuestión fundamental: que el autor obre “con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición” (artículo 20 inc. 10 CP). Y es el caso que la madre gestante no es titular del derecho a la vida del concebido, ella no puede disponer libremente de esa vida que lleva en sus entrañas. Como dice González Rus, “el consentimiento de la mujer embarazada no exime de responsabilidad en el delito de aborto, puesto que no es ella la titular del bien jurídico protegido”.⁶⁶ Como se sabe, el titular del bien jurídico o sujeto pasivo del delito de aborto es el concebido. Es por esta sencilla razón que tanto el aborto consentido como el aborto no consentido son comportamientos punibles. Por eso mismo, cuando la mujer se provoca el aborto o consiente que otro se lo practique será sancionada penalmente (artículo 114 CP).

⁶⁴ Siguiendo a Silva Sánchez, si es difícil encontrar en la realidad alguna manifestación de los conceptos de enemigo y no-persona desarrollados por Günther Jakobs (pues no se prescinde de todas las garantías propias del Estado de Derecho), parecería que el concebido es lo que más se le aproxima, ya que desposeído hasta de su condición de persona y considerado una fuente de malestar, se le niega toda protección penal y hasta jurídica, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-01 (2007). <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>

⁶⁵ Existen casos en los que el consentimiento hace desaparecer la tipicidad o cualquier indicio de ilicitud de la conducta, con lo cual, no hay lesión al bien jurídico protegido. Ejem: el invitado que ingresa a nuestro domicilio no realiza el supuesto de hecho previsto por el tipo penal de violación de domicilio (art. 159 CP); quien mantiene relaciones sexuales consentidas con persona mayor de edad tampoco realiza el supuesto de hecho del tipo penal de violación (art. 170 CP).

En otros supuestos el consentimiento no elimina la lesión al bien jurídico, pero sí tiene por virtud justificar la conducta. Ejemplo; el que destruye un bien con consentimiento de su dueño realiza el tipo penal previsto en el art. 205 (delito de daños), pero no actúa antijurídicamente. Lo mismo podría decirse de las lesiones infligidas durante la práctica de algunos deportes (box, artes marciales, rugby, etc.).

⁶⁶ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *El aborto. Lesiones al feto*. En: AA. VV. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Manuel Cobo del Rosal (coord.). Madrid, Dykinson, 2005, 2º ed., p. 126.

En nuestro país peruano, enfocándonos en el sistema punitivo se hace una distinción entre el aborto consentido y el aborto sin consentimiento. Así, tenemos el artículo 115 CP que sanciona el aborto consentido. En este caso el sujeto activo o autor del delito es el tercero que practica el aborto con el consentimiento de la mujer, al cual el legislador le asigna una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

En cuanto al aborto no consentido (artículo 116 CP), lógicamente, tendrá una sanción mayor (pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años), pues mayor es el desvalor del injusto: se atenta contra el derecho a la vida del concebido y contra la voluntad de la gestante.

3.- “La postura minimalista del Derecho Penal.”

Inicialmente, se pretendió fundamentar la despenalización del aborto en una postura minimalista del Derecho Penal. En nuestra opinión, dicha pretensión es equivocada. Veamos por qué.

Pero conforme al principio de mínima intervención, el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Este principio constituye un límite al ejercicio del *ius puniendi* ya que no todo interés digno de protección gozará siempre de protección penal. En otras palabras, no todo bien jurídico constituye un bien jurídico penal (carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal).

Por otro lado, los criterios de merecimiento y necesidad de pena contribuyen a determinar cuándo un bien jurídico pasa a constituir un bien jurídico digno de protección penal. De esto se tiene que la observancia del principio de intervención mínima en el proceso de criminalización no garantiza una reducción efectiva del Derecho penal o, en otras palabras, una abstención del ejercicio de la potestad punitiva en determinados ámbitos. Es más, si esto fuese así, debería erradicarse del Código Penal los delitos económicos y contra el medio ambiente, según postulaban algunos representantes de la Escuela de Frankfurt⁶⁷, reduciendo el Derecho Penal, de este modo, a un “núcleo duro”.

En este orden de ideas, no es incompatible con la adscripción a un Derecho Penal mínimo el hecho de que se mantenga la punición de determinados comportamientos desvalorados o considerados dañinos socialmente, ni que se postule la incorporación de nuevas figuras delictivas ahí donde se aprecie una necesidad de protección o intervención del Derecho Penal.

⁶⁷ Así por ejemplo Hassemer, *vid.* HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 26-37.

4.- “No existen los derechos absolutos.”

Los autores, juristas, letrados que se encuentran a favor del aborto dicen que el derecho a la vida, como cualquier derecho, no es absoluto. Lo cual no deja de ser un lugar común, pero que, inclusive, podría merecer algunas precisiones.⁶⁸ ¡No hay derechos absolutos! Desde el punto de vista jurídico-penal eso no se discute, está sumamente claro. Basta citar la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante (este último con el clásico ejemplo de la Tabla de Carneades, donde un náufrago mata a otro con el fin de hacerse de la tabla que sólo puede soportar el peso de uno, para así salvarse) como supuestos donde ese acto de matar no genera responsabilidad penal.

Entendemos que cuando el comisionado Prado Saldarriaga propone despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación no niega el desvalor de la conducta (hay merecimiento de pena), pero seguro considera que desde el punto de vista político criminal no hay necesidad de pena, pues, siempre especulando, no se afectaría los fines preventivos del Derecho penal. Como los hurtos entre padres e hijos, o los delitos de bagatela, donde se estima innecesaria la intervención del Derecho Penal. ¿Pero vale aplicar ello cuando ya no hablamos del bien jurídico patrimonio, sino de la eliminación dolosa de una vida humana?

Lo peor de todo esto es que se han juntado supuestos totalmente diferentes, a saber, el aborto terapéutico -en el que corre peligro la vida de la madre- con el aborto eugenésico y el aborto por violación. Uno podría entender que los hospitales del Estado se ocupen del primer caso, tratando de salvar la vida de la madre gestante y la del concebido, ¿pero cómo pedir que dinero del Estado se invierta en prácticas que suponen acabar con vidas humanas?

5.- Ponderación de intereses.

Relacionado con el punto anterior, suele decirse que al no existir derechos absolutos, en caso de conflicto debe procederse a una adecuada ponderación de intereses. Sobre este punto, es de mencionar que existe todo un desarrollo en Doctrina y Jurisprudencia. Por ejemplo, según el fundamento 65 de la STC N° 0048-2004-AI/TC del 1° de abril de 2005, el test de

⁶⁸ Como señala Castillo Córdova: “Toda actividad que recaiga sobre el contenido de los derechos constitucionales no puede ser una *actividad limitadora*, sino que será una *actividad delimitadora* de las fronteras jurídicas internas que tiene todo derecho en su contenido. Y *delimitar* no es lo mismo que *limitar*. Por ello, si bien el contenido del derecho es limitado, ese contenido no puede ser limitable de ningún modo por nadie, en este sentido los derechos constitucionales son absolutos. Los límites dejan de ser intervenciones que influyen sobre su contenido y que provienen desde fuera del derecho mismo, para convertirse en unos contornos que deben ser sacados a la luz, exteriorizados, y que son contornos que tiene atribuido cada derecho por su propia naturaleza y concreta finalidad”, *vid.* CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima, Palestra, 2005, 2° ed., p. 412.

razonabilidad o proporcionalidad comprende tres sub principios:



Sub principio de Idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este sub principio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.



Sub principio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.



Sub principio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

Sin embargo, no hay tal ponderación cuando de partida, y en abstracto,⁶⁹ se opta por la prevalencia de un interés sobre otro, peor aún si el bien sacrificado es justamente la vida, pues su afectación es irreversible. Habrá que ver también si acabar con la vida del concebido es una medida idónea, necesaria y proporcional para garantizar los intereses o derechos de la madre gestante, lo cual ya es francamente discutible.

Por otro lado, el establecer requisitos formales (diagnósticos o informes

⁶⁹ Vid. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos...* ob. cit., pp. 456-457: "... cuando haya situaciones de conflicto de intereses que se intentan fundar en derechos constitucionales distintos, **lo que procede es preguntarse por el contenido jurídico constitucional de cada uno de ellos en el caso concreto**, para determinar si la acción enjuiciada cae dentro o fuera de lo constitucionalmente protegido por el derecho. **Para ello sirve el método ponderativo** -como se ha dicho-, **pero para sopesar las circunstancias y determinar los contornos del derecho en el caso concreto**. La ponderación no sirve para sopesar derechos y finalmente intentar saber cuál derecho ha de prevalecer. La ponderación de las circunstancias ayuda a saber el alcance jurídico del contenido de un derecho constitucional para saber si la conducta controvertida -por ejemplo una publicación periodística- es o no merecedora de protección constitucional." [El resaltado es nuestro].

médicos), que bien se sabe están desprovistos de suficientes garantías (en los países en los que se permite el aborto bajo determinados supuestos, algunas clínicas se prestan para practicar abortos a madres gestantes que no cumplen dichos requisitos), supone el intento de dar cobertura legal a una práctica inicua: acabar con una vida humana inocente. Supone la sustracción del ámbito jurisdiccional -en favor de manos privadas- de una decisión que supone la vulneración irreparable de un derecho fundamental.

6.- Aborto Eugenésico.

Mucho peor si se abre la puerta para la eliminación impune de seres humanos cuando sea “probable” que nazcan con determinadas enfermedades o malformaciones. Desde luego todos deseamos tener hijos sanos y fuertes, pero lo que no se puede permitir en un Estado de Derecho es la eliminación de una vida humana porque exista la posibilidad de que el niño nazca enfermo o discapacitado. No podría haber mayor discriminación, pues a ellos les depararía una menor protección. Un funcionalista seguramente se preguntaría si esta es la imagen que la sociedad tiene de sí misma. Y en cualquier caso, ¿es esta la sociedad a la que aspiramos?

Cierto es que con el fin de dotar de mayores “garantías”, o para restringir el ámbito de aplicación de esta eximente, en algunas legislaciones se suele exigir que la grave malformación del feto “haga inviable su vida”. El tema de la viabilidad, sin embargo, no es un tema de exactitud matemática. Es un tema que se basa en cálculos probabilísticos que atienden a ciertos factores tales como la edad gestacional y/o el peso. En otras palabras, se puede saber más o menos “cuántos”, pero no “quiénes” podrán sobrevivir fuera del útero.

Cabe preguntarse, además, cuál es la probabilidad de supervivencia del concebido que se exigirá para no acabar impunemente con su vida. ¿Cuánto tiempo se necesita sobrevivir fuera del vientre materno -si es que esto pudiera determinarse- para gozar del derecho a la vida? ¿Cuánto tiempo necesitaría sobrevivir el recién nacido para que la madre y algunos médicos no acaben con su vida antes de que nazca? ¿Algunas horas, algunos días, algunos meses, algunos años? Nosotros nos reafirmamos en que el derecho a la vida se protege desde el momento de la concepción. La “viabilidad” no altera esa realidad. Así pues, acabar con la vida del concebido señalado como “inviabile” constituirá un delito de aborto, y si ya nació, constituirá infanticidio u homicidio, según sea el caso.

7.- Aborto por violación.

Por otro lado, la violación sexual es un hecho sumamente traumático para la víctima. Eso es indudable. Pero un enfoque victimológico, reiteradamente invocado por la comisionada, también debe tener en cuenta a esa otra víctima inocente que es el concebido. A esa vida en gestación no se le puede

despojar de su condición humana para, a continuación, tratarlo como un objeto desechable. Más aún si el aborto en sí no sólo no ayuda a la recuperación de la víctima de violación, sino que le añade el trauma de la práctica abortiva. Es decir, al trauma de la violación se le añaden dos males: la muerte de una vida inocente y el trauma del aborto.

En efecto, es comúnmente aceptado que el aborto genera trastornos fisiológicos (dolores de cabeza, molestias abdominales, fatiga); trastornos del sueño (pesadillas, insomnio); trastornos de tipo depresivo (angustia, ansiedad, vacío interior, ideas suicidas); trastornos emocionales (disminución de la autoestima, inestabilidad emocional, dependencia afectiva mórbida) y otros (incapacidad para mantener relaciones de pareja duraderas, deterioro de las relaciones familiares, disminución o pérdida del deseo sexual, indecisión, disminución de la concentración, etc.).⁷⁰

8.- Indicación social.

Sostiene la comisionada que la legalización del aborto está pensada sobre todo para las mujeres del campo que viven en condiciones de extrema pobreza, que se llenan de hijos y que no pueden acceder a servicios seguros para practicarse un aborto. Además, ¿qué futuro le esperaría a esas criaturas?⁷¹ Entonces, ya no se trata de reducir el número de embarazos a través de la educación y difusión de métodos anticonceptivos, sino simple y llanamente de destruir vidas humanas porque van a nacer pobres, porque harán más pobres a sus familias y porque no vivirán en condiciones dignas. Es decir, dado que a estos niños les espera una vida llena de pobreza, vamos ahorrarles tales sufrimientos mediante el caritativo acto de quitarles la vida antes de su nacimiento.

Se aprecia aquí una falacia o argumentación errónea.⁷² La comisionada parte de una premisa que no se puede negar: el derecho a la vida incluye el derecho a una vida digna (premisa mayor). A continuación sostiene que una

⁷⁰ Fuente: Cuestionario de Diagnóstico del SPA – Ficha N° 3 del Acompañamiento / Elaboración: Departamento de Investigación del Instituto para el Matrimonio y la Familia UCSP / Encargado: Lic. Nelly Mendoza de Chávez.

⁷¹ Prado Saldarriaga también abordó este asunto, asumiendo la misma postura: “También es aconsejable adoptar una posición más realista frente al aborto por indicación social. Nosotros proponemos, por ejemplo, la inclusión de eximentes penales, cual excusas absolutorias o perdón judicial, que favorezcan a las madres indigentes que recurriesen al aborto como paliativo a su difícil situación económica. Medidas como la expuesta son contempladas por el derecho uruguayo desde hace cuatro décadas”, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Política criminal...* ob. cit. p. 108. Casi 25 años después, al interior de la Comisión, propuso como último párrafo del artículo 114 (delito de autoaborto) lo siguiente: “El Juez podrá eximir de pena a la mujer que actuó motivada por su situación de indigencia o abandono”.

⁷² MIXÁN MASS, Florencio. *Lógica enunciativa y jurídica*. Trujillo, BLG, 2006, 4° ed., p. 67 y ss.; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación jurídica. Un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial*. Lima, Jurista Editores, 2004, pp. 195-198.

vida en extrema pobreza no es compatible con una vida digna (premisa menor). Para, finalmente, llegar a la conclusión de que el concebido al que le espera una vida llena de pobreza no merece vivir (aborto de la gestante en zonas rurales de extrema pobreza). Claramente se aprecia que la conclusión no se sigue de las premisas. No se encuentran razones valederas para desconocer el derecho a la vida del concebido.

9.- Sistema de plazos.

Cabe mencionar que cuando la comisionada vio que su propuesta inicial para despenalizar el delito de aborto sería rechazada de plano, planteó una propuesta modificatoria en la que introdujo un sistema de plazos acompañado de una indicación social: “La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique la interrupción del embarazo antes de las 12 semanas de gestación, cuando se produzcan circunstancias derivadas de precariedad económica, de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, factores de edad, sociales o familiares, **no será imputable penalmente**”.

Para empezar, aquí no está en cuestión la imputabilidad de la madre gestante, al menos si la entendemos como capacidad de culpabilidad. Estaríamos, más bien, ante un supuesto de exención de pena o exclusión de punibilidad. Sobre la indicación social, nos atenemos a lo señalado en el acápite anterior. A lo que agregamos la preocupación de que todo esto tiene un tufillo a políticas de planificación. Y creo que podemos convenir en que el aborto no puede ser considerado, en un Estado de Derecho, como un método de planificación que atienda a las necesidades o preocupaciones demográficas del país.

No obstante, es el sistema de plazos -generalmente fijado en tres meses, en los países que han optado por este sistema- el que, al parecer, genera algunos entusiasmos. Se suele mencionar en estos casos la autodeterminación⁷³ o libre elección⁷⁴ de la mujer para practicarse un aborto dentro de ese plazo, pero el fundamento principal de este sistema se hace radicar en la falta de actividad cerebral del embrión. Desde luego, este no es un buen argumento para desconocer el derecho a la vida del concebido, más aún si tenemos en cuenta lo previsto por nuestro ordenamiento jurídico y las sentencias que decididamente señalan desde cuándo se protege la vida.⁷⁵

⁷³ ESER, Albin. *Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado*. En: *Temas de Derecho penal y procesal penal*. Lima, Idemsa, 1998, p. 90.

⁷⁴ Vid. CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho...* ob. cit. pp. 908-909.

⁷⁵ Vid. STC N° 02005-2009-AA/TC de 16 de octubre de 2009, en especial, el fundamento 53: “teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada “Píldora del Día Siguiente” afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por

Más allá de ello, el argumento no es válido, pues lo que se hace es trasladar indebidamente el razonamiento empleado para determinar el fin de la vida (cese de la actividad cerebral) al comienzo de ella. Como dice Cerezo Mir:

“El argumento es falaz. El momento de la muerte viene determinado por el cese irreversible de la actividad cerebral. En el embrión, antes de transcurrir los tres primeros meses del embarazo, el encefalograma es plano, pero estamos ante un ser humano en desarrollo, y sólo es cuestión de días o semanas el que se registre en su cerebro una actividad. No puede afirmarse que el embrión sea una “cosa”, o un mero coágulo de sangre”.⁷⁶

En el sistema de plazos, como señala Hirsch, no se puede negar que “se puede matar el feto sin un motivo determinante, y que con ello una generación se atreve a decidir sobre la vida o la muerte de la siguiente encarnada en el feto”.⁷⁷

En cualquier caso, resulta de aplicación los principios *pro hómine* y *pro debilis*, pues así se garantizaría “de la manera más efectiva y extensa posible” el derecho a la vida del concebido, quien es, a no dudar, “aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra”.⁷⁸

10.- Altas cifras de mortalidad materna.

Asimismo, la comisionada sostiene que las altas cifras de mortalidad materna por prácticas abortivas clandestinas -cifras que son cuestionadas, desde sectores pro vida, por ser tendenciosas y carecer de rigor- constituyen un argumento en favor de la despenalización. Recurrentemente se sostiene las condiciones lamentables, indignas y dramáticas en que muchas mujeres se practican o consienten que les practiquen un aborto: con alambres, desarmadores, dejándose caer de las escaleras, etc.

Creemos que aquí hay un problema de enfoque. Se olvida a la víctima principal del delito de aborto: el concebido. Qué diríamos si se nos dice que existe un grupo de sujetos que perpetra robos y homicidios con cuchillos viejos, oxidados y sin mango, lo que produce a los autores cortes en las manos. ¿Tendría el Estado la obligación de facilitar a estos sujetos cuchillos relucientes forjados en los mejores talleres y con empuñadura de plata?

acción del citado producto”.

⁷⁶ CERESO MIR, José. La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código penal español. En: *Obras completas. Otros Estudios. Vol. II*. Lima, Ara Editores, 2006, p. 772.

⁷⁷ HIRSCH, Hans Joachim. *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana*. En: *Derecho Penal. Obras completas. Libro Homenaje. T. I*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 250-251.

⁷⁸ *Vid.* STC N° 02005-2009-AA/TC de 16 de octubre de 2009, fundamentos 33 y 34.

Ciertamente estamos ante el mismo desvalor de resultado. La afectación al bien jurídico vida humana no repara en esas circunstancias, salvo cuando el medio empleado (fuego o explosión) o la manera en que se ejecuta el delito (crueldad) incrementa el desvalor del injusto (artículo 108 CP).

11.- Altas cifras de aborto clandestino.

También se quiere fundamentar la despenalización del aborto con el argumento de la ineficacia del Derecho Penal frente a las altas cifras de aborto clandestino a pesar de su penalización. Pero como bien sabemos, la función preventiva de la pena no apunta a la desaparición absoluta del fenómeno criminal, sino a desincentivar la comisión de dicha conducta. En otras palabras, puede ocurrir que no se reduzca de manera efectiva estos hechos delictivos, pero lo más probable es que de destipificar esta conducta su frecuencia se incremente de manera alarmante. La eficacia, como señala Mir Puig, no debe valorarse en función de sus fracasos, sino en función de sus posibles éxitos.⁷⁹

Tampoco puede entenderse cómo lo que de inicio se considera desaprobado jurídicamente -destrucción de la vida del concebido- a tal punto de ser considerado un comportamiento delictivo -delito de aborto-, por la sola incidencia delictiva ha de tornar en un comportamiento penalmente irrelevante. Habría que despenalizar también otros delitos muy frecuentes en la sociedad como el hurto, las lesiones o la conducción en estado de ebriedad.

12.- Informes del Comité de la CEDAW.

Es bueno saber que no existe norma internacional alguna que obligue al Estado Peruano a despenalizar el aborto -como vienen señalando algunos grupos interesados en su legalización. Se invoca la Recomendación General N° 24 del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer), que es el comité encargado de examinar los progresos realizados en la aplicación de la referida Convención. Dicha recomendación general señalaba: “**En la medida de lo posible**, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”. Sin embargo, como reiteramos, estamos ante una sugerencia; sugerencia que, por lo demás, no se desprende de ninguna disposición de la Convención misma. Es más, las opiniones del Comité de la CEDAW carecen de fuerza vinculante, pues, como señala el mismo artículo 21.1 de la Convención: el Comité “podrá hacer **sugerencias y recomendaciones de carácter general** basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes”. Se trata de sugerencias y recomendaciones. De este modo,

⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2008, 8ªed. p. 117.

no hay norma o compromiso internacional que haya sido incumplido por el Estado Peruano.

Lo mismo podría decirse de los Programas de Acción de El Cairo y de Beijing, en los que si bien se recogen expresiones o conceptos vinculados a derechos reproductivos y sexuales, en modo alguno podría desprenderse de ello la obligación del Estado Peruano de despenalizar el aborto. Máxime si nuestro país formuló reservas expresas en el sentido de que los conceptos de salud reproductiva, derechos reproductivos y salud sexual o reproductiva “no pueden incluir el aborto como método de regulación de la fecundidad o de la planificación familiar”.

El asunto es sencillo: el justo reconocimiento de los derechos de la mujer jamás podrá ser interpretado en el sentido de concederle un señorío sobre la vida de otro ser humano. No hay tal derecho a matar un niño, antes o después de nacido.

13.- La despenalización del Aborto en otros países.

Tampoco nos parece un buen argumento que algunos países del entorno hayan despenalizado estos supuestos, pues que en otros países se acabe impunemente con la vida de seres humanos inocentes no tiene por qué obligarnos a hacer lo mismo. La determinación del ámbito de lo punible forma parte de una decisión soberana de cada Estado, que debe conformarse según los valores y principios que lo cimientan y en función al tipo de sociedad a la que se aspira.

Por lo demás, tampoco es cierto que casi todos los países de la región, como sostuvo un comisionado⁸⁰, tengan sistemas permisivos frente al aborto. Chile, Venezuela, Costa Rica, Puerto Rico, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y otros países reprimen penalmente cualquier supuesto de aborto o sólo excluyen la pena -al igual que en nuestro país- en el caso del aborto terapéutico.

Por otro lado, suele hacerse mención a las políticas más flexibles de algunos países europeos, los mismos que conjugan sistemas de indicaciones y plazos. A lo ya señalado anteriormente, habría que sumar el hecho de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no tiene una disposición semejante a la recogida en la Convención Americana de Derechos Humanos. Como se dijo, el artículo 4.1 de la CADH protege expresamente el derecho a la vida a partir del momento de la concepción. Sin embargo, el Convenio

⁸⁰ El comisionado Prado Saldarriaga sostuvo en la Comisión, al igual que en su obra de 1985, que la adopción de un régimen más flexible para la práctica lícita del aborto encuentra apoyo en la experiencia legal latinoamericana, que sólo Perú y Colombia mantienen sistemas rígidos de prohibición del aborto, *vid.* PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Política criminal...* ob. cit. p. 107.

Europeo de Derechos Humanos no reproduce una norma similar. En su artículo segundo reconoce la protección del derecho a la vida de toda persona, sin que se haga alusión expresa al concebido. Lo que, en interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos no excluye necesariamente la protección del derecho a la vida del concebido, sino que deja a los Estados un margen discrecional de apreciación en esta materia “tan sensible” para usar sus propios términos.⁸¹

Las normas de algunos países europeos en materia de aborto no son, pues, un buen referente para el ámbito latinoamericano, dado que la CADH otorga una mayor protección al derecho a la vida del concebido. Del mismo modo, podemos cuestionar las constantes invocaciones a algunas resoluciones de tribunales norteamericanos (p. ej. el caso *Roe vs. Wade*), pues, como es bien conocido, Estados Unidos no ha ratificado el Pacto de San José, dejando mucho que desear las dubitaciones de sus Cortes a la hora de juzgar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas tras el 11 de setiembre.

En cualquier caso, como reiteramos, no nos parece una buena práctica legislativa que tengamos que emular lo decidido en otros países si es que no hay buenas razones para hacerlo. Más aún si ello supone conceder la impunidad a delitos que atentan contra la vida humana. La decisión de determinar qué comportamientos tienen relevancia penal y, por tanto, deben ser perseguidos y sancionados forma parte de una decisión soberana de cada Estado, una decisión que nadie debe tomar por nosotros. Una decisión que atiende a los valores y principios que cimienta nuestra sociedad y que se plasma en las principales normas de nuestro ordenamiento jurídico: aquellas que reconocen el derecho a la vida del concebido (la Constitución, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes).

14.- Despenalizar no es legalizar ni conceder un derecho.

Ahora bien, una cosa es despenalizar el aborto (señalar que no es punible en determinados casos), y otra muy distinta considerar que se trata de un comportamiento valorado positivamente por el ordenamiento jurídico. Por más que algún día se llegara a despenalizar el aborto por violación y el aborto eugenésico (cosa que no creemos, ni deseamos), acabar con la vida del concebido jamás podrá ser considerado un derecho de la madre gestante. No hay, pues, tal derecho a abortar, como se han apresurado a sostener algunos grupos feministas.⁸²

⁸¹ BURGORGUE-LARSEN, Lawrence. *El derecho a la vida y a la dignidad personal: una aproximación de la Corte Europea de los Derechos Humanos*. En: AA. VV. *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. [Miguel Revenga y Andrée Viana (eds.)]. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 73-74.

⁸² En una nota de Demus (*NotiDemus*) que circuló el 7 de octubre de 2009 se señaló: “Las peruanas podrían acceder al derecho de interrumpir embarazos producto de una violación o con gestaciones cuyos fetos sean incompatibles con la vida, de acuerdo a las modificaciones adoptadas ayer

Esto es fácil de apreciar con un ejemplo. ¿Podría válidamente sostenerse que los hijos tienen el derecho de birlar la billetera de sus padres, sólo porque no son reprimibles los hurtos entre ascendientes y descendientes (art. 208 del Código Penal)? ¿De pronto los ciudadanos tienen derecho a robar pan y fruta de los supermercados porque el sistema penal considere inconveniente perseguir los delitos de bagatela?

El aborto por violación y el aborto eugenésico, en este sentido, siempre constituirán comportamientos valorados negativamente por el ordenamiento jurídico, pues atentan contra un bien jurídico de máxima importancia en cualquier sociedad regida bajo los cánones de un Estado democrático de Derecho: el derecho a la vida.

SUB-CAPÍTULO III

EL DELITO DE ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO.

en el Congreso por la Ley 20.120, en el Código Penal, por el legislador Carlos Torres Caro”.

SUBCAPÍTULO III. EL DELITO DE ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO.

1.- LEGISLACIÓN EUROPEA.

La despenalización del aborto tuvo su origen en **Inglaterra** en 1967, país que en su legislación *Abortion Act*⁸³ señala que la interrupción del embarazo no es delito si se realiza antes de las 24 semanas de gestación para prevenir daños y riesgos mayores a la integridad física o psíquica de la mujer embarazada o de cualquier niño de la familia, si el embarazo se llevara a término. También es posible llevar a cabo un aborto, sin la restricción de las 24 semanas de gestación, por las siguientes razones: prevenir un daño permanente en la salud física o psíquica de la madre; si el continuar el embarazo, conlleva un riesgo de vida en la mujer; existe un riesgo considerable que de nacer el niño podría padecer anormalidades físicas o mentales que lo dejaran seriamente discapacitado.

⁸³ Abortion Act 1967. Información disponible en: http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1967/cukpga_19670087_en_1. (Mayo, 2012).

En **España**, la Ley Orgánica 2/2010⁸⁴, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su título II, capítulo I de las Condiciones De La Interrupción Voluntaria Del Embarazo, establece que se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, en la medida que se cumplan los siguientes condiciones: Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección; en centro sanitario público o privado acreditado; dentro de las primeras 14 semanas de gestación y con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal⁸⁵. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

Para asegurar el consentimiento informado, todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo deben recibir información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente (artículo 17).

Por otra parte, en el artículo 15 de la ley se refiere a la interrupción del embarazo por causas médicas⁸⁶. En este caso y en forma excepcional, se podrá interrumpir un embarazo de hasta 22 semanas cuando exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada⁸⁷, así como también cuando exista riesgo de graves anomalías en el feto⁸⁸.

Finalmente se levanta la restricción de 22 semanas, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen

⁸⁴ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Información disponible en:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-2010.t2.html#a12 (Mayo, 2015).

⁸⁵ Para el caso de menores de 16 y 17 el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Sin embargo uno de los representantes legales (madre, padre o tutor), debe de ser informado, siempre y cuando la menor no alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo; en tal caso se prescinde de esta información.

⁸⁶ Para el caso del aborto por razones médicas no se requiere como requisito el consentimiento escrito de la madre.

⁸⁷ Para este caso se requiere un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija.

⁸⁸ Para este caso se requiere un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

Respecto de la garantía de acceso a la prestación, el capítulo II Art. 18, obliga a los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, a aplicar las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley⁸⁹.

En **Francia**⁹⁰, el Código de Salud la ley garantiza la preeminencia de la vida humana, prohíbe cualquier ataque a la dignidad de la misma y garantiza el respeto por el ser humano desde el comienzo de la vida⁹¹. Sin embargo, en la Parte 12ª, *Santé de la famille, de la mère et de l'enfant* el artículo L2212-1 establece una excepción, ya que la mujer embarazada que se encuentra en una situación de desamparo puede pedir a un médico la interrupción de su embarazo antes de finalizar la duodécima semana del embarazo.

Si la mujer es menor de edad, se requiere avisar a su representante legal o tutor, salvo que la menor exprese claramente mantenerlo en secreto. En tal caso el médico debe esforzarse en el interés de ella, de obtener el consentimiento; el que de no lograrse, puede sustituirse por el apoyo (testimonio) de un adulto a elección del menor.

Esta interrupción voluntaria del embarazo debe ser llevada a cabo por médico especialista; en un centro médico público o privado⁹² y con un consentimiento escrito de la mujer. El médico a su vez, debe explicarle a la mujer en la primera consulta, los todos los métodos médicos y quirúrgicos para llevar a cabo el aborto, así como también sus riesgos (artículos L 2.212-2 y L 2.212-3). Del mismo modo, se establece la necesidad de que exista un apoyo terapéutico y/o social que apoye a la mujer y su familia en el proceso, el que es obligatorio de la mujer es menor de edad.

⁸⁹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Ob. Cit.

⁹⁰ Code De La Santé Publique. Version Consolidée au 19 Novembre 2008. Partie Législative. Deuxième Partie : Santé De La Famille, De La Mère Et De L'enfant. Chapitre III, Interruption de grossesse pratiquée pour motif médical. Información disponible en: <http://bcn.cl/hdtx> (Mayo, 2012).

⁹¹ En el siguiente artículo se establece que la enseñanza de este principio y sus consecuencias, así como también, información sobre los problemas de la vida y de demografía nacional e internacional, la acogida de los niños en la sociedad y las políticas nacionales, se entienden obligaciones del Estado.

⁹² Una institución privada puede negarse a realizar un aborto en sus instalaciones, artículo L 2.212-8.

Asimismo, en el capítulo III, *Interruption de grossesse pratiquée pour motif médical* artículo L 2.213, se determina la interrupción del embarazo por motivos médicos, ya sea debido a que la prosecución del embarazo pone en grave peligro la salud de la mujer o, porque existe una probabilidad fuerte que el niño que nace, padezca de una afección de una gravedad particular, reconocida como incurable en el momento del diagnóstico. La legislación francesa, en este caso, pone énfasis en la atención de la mujer embarazada, al disponer de equipos médicos que la orienten y asesoren en su decisión, y solventando los gastos que origine la aplicación de la ley.

Cuando la interrupción del embarazo se realiza debido al riesgo en la salud de la mujer, el equipo pluridisciplinario encargado de examinar esta petición comprende por lo menos a tres personas: un médico calificado en ginecología-obstetricia, un médico escogido por la mujer y un profesional calificado encargado de guardar el secreto profesional, que puede ser un asistente social o un psicólogo. Ambos médicos precitados deben ejercer su actividad en un establecimiento de salud pública.

Cuando la interrupción del embarazo se contempla, porque existe una probabilidad fuerte que el niño que nace padezca de una afección de una gravedad particular e incurable, el equipo pluridisciplinario encargado de examinar la petición de la mujer es el de un centro pluridisciplinario de diagnóstico prenatal. Cuando el equipo del centro precitado se reúne, un médico escogido por la mujer puede, a petición de ésta, ser asociado con la concertación. En ambos casos, previamente a la reunión del equipo pluridisciplinario competente, la mujer concernida o la pareja puede, a su petición, ser oída por todo o por parte de los miembros de dicho equipo.

2.- LEGISLACIÓN EN AMÉRICA LATINA.

En el Título I del Código Penal **argentino**⁹³, Delitos contra la vida, el artículo 85, refiere que “el que causare un aborto será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer”

Mientras la pena se elevará a seis años como máximo, si el hecho fuese la

⁹³ Código Penal Argentino. Información disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15> (Mayo, 2015).

causa de la muerte de la mujer. El artículo 87, castiga también (seis meses a dos años) el hecho de quien con violencia cause un aborto a una mujer, sin haber tenido el propósito de causarlo, siempre y cuando, el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare. Mientras el artículo 88, reprime con prisión de uno a cuatro años, a la mujer que causase su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. Sin embargo, la tentativa de la mujer no es punible.

En el marco legal argentino, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos quienes abusando de su ciencia o arte causan el aborto o cooperan en causarlo, se arriesgan a las penas descritas en el artículo 85, así como también de una inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena (artículo 86).

Sin embargo, en Argentina el aborto terapéutico está permitido. El artículo 86 del Código Penal, que lo norma, dice “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

- Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
- Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

En México, en el Título Décimo Noveno del Código Penal⁹⁴, Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, capítulo del Aborto, el artículo 330, refiere, que tendrá pena de prisión (uno a tres años), al que hiciera abortar a una mujer, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Mientras, la pena aumenta de tres a seis años, cuando falte el consentimiento de la mujer y de seis a ocho años cuando medie violencia física o moral.

El código penal también contempla penas para la mujer que lleva a cabo voluntariamente un aborto o aquella que consienta en que otro la haga abortar (De uno a cinco años de prisión). Estas penas disminuyen si concurren estas tres circunstancias: que no tenga mala fama; que haya logrado ocultar su embarazo, y que este sea fruto de una unión ilegítima (artículo 332).

El artículo 331, refiere al caso de que el que llevara a cabo el aborto fuera un

⁹⁴ Código Penal Federal Mexicano. Disponible en:
<http://www.cem.itesm.mx/derecho/nlegislacion/federal/11/index.html> (Mayo, 2015).

médico, cirujano, comadrón o partera. En tal caso, además de las sanciones antes mencionadas, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, no se aplicará la sanción, cuando de no provocarse el aborto la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del médico tratante y confirmada por otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora (artículo 334, Código Penal Federal)

Tampoco es punible en aborto si este es causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo es causado por violación o incesto (artículo 333, Código Penal Federal).

Finalmente, el Código penal de **Costa Rica**⁹⁵, distingue entre distintos tipos de aborto. En el Título I Delitos Contra la Vida, artículo 118 se refiere al aborto en general, de la siguiente forma: El que causare la muerte de un feto será reprimido: 1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. 2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer.

Posteriormente el artículo 119, refiere al aborto procurado, entendiendo como tal la situación en que la mujer consintiese o causare su propio aborto. Con una pena asociada de seis meses a dos años⁹⁶. Mientras, el artículo 120, da cuenta del aborto honoris causa, el que refiere al que hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla. En este caso, la pena es una de las más baja otorgada por el código penal costarricense al tema del aborto, de tres meses hasta dos años de prisión; sólo tiene pena más baja el aborto culposo (cualquiera que por culpa causare un aborto, artículo 122) sesenta a ciento veinte días multa.

En el marco legal costarricense, no es punible el aborto que es practicado con consentimiento de la mujer, por un médico o por una obstétrica autorizada (cuando no hubiere sido posible la intervención del primero), si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.

⁹⁵ Código Penal de Costa Rica: Información disponible en: <http://bcn.cl/hdua> (Mayo, 2012).

⁹⁶ Tanto para el aborto en términos generales, como para el aborto procurado, la pena disminuye si el feto no ha alcanzado los seis meses de vida intrauterina.

Finalmente, en El Salvador⁹⁷, no se permite el aborto bajo ninguna circunstancia, al igual que República Dominicana⁹⁸, atendido que el artículo 317 del Código Penal sanciona todo tipo de aborto.

2.1.- Legislación Chilena.

Chile es uno de los cuatro países con leyes absolutamente restrictivas respecto del aborto en la región. La normativa vigente es clara en especificar la protección de la vida del que está por nacer y por tanto sanciona, la interrupción del embarazo y a todas las personas involucradas en el hecho, dependiendo del grado de culpabilidad.

Sin embargo, cabe mencionar, que si bien no se puede realizar un aborto bajo ninguna circunstancia, incluido el hecho de que la vida de la madre se encuentra en peligro, no existe en Chile el delito de aborto omisivo⁹⁹, lo que permite cierto margen de interpretación. Según Izquierdo Sánchez¹⁰⁰ la conducta de un médico que ante un estado de necesidad de la mujer, opte por salvarla, debiendo para ello dejar de atender al feto, resultando todo esto

⁹⁷ Código Penal de la República del Salvador, Decreto 1030, artículos 133 al 141. Información disponible en: <http://bcn.cl/bbmng> (Abril, 2012).

⁹⁸ Código Penal de República Dominicana. Información disponible en: http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/dom/sp_dom-int-text-cp.pdf (Abril, 2015).

⁹⁹ Aunque es materia de un análisis más específico, debe tenerse en cuenta que todas las normas penales que proscriben el aborto tipifican "acciones" abortivas, por contraposición a las omisiones. En Chile existe el delito de homicidio omisivo, que es aquel en que, en vez de quitarse la vida a otra persona por medio de acciones directas o indirectas, se deja morir a otra persona, mediante omisiones que conllevan necesaria o eventualmente a la muerte, como por ejemplo, no dar alimento durante 10 días a un lactante. Biblioteca del Congreso Nacional. Penalización del aborto terapéutico: derecho comparado. 18 de abril de 2012.

¹⁰⁰ Izquierdo Sánchez, Cristóbal, en "Comisión por Omisión. Algunas consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante". En: Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 2, pp. 329 - 343 [2006], sostiene que el Derecho Penal contemporáneo distingue entre los delitos de omisión propia y de omisión impropia. Los primeros son aquellos que están expresamente tipificados en la ley como delitos de omisión, por ejemplo, el delito denominado omisión de socorro, previsto en el artículo 494 N° 14 del Código Penal. Por el contrario, los delitos de omisión impropia no están expresamente consagrados en la ley como delitos omisivos, sino que se llega a ellos mediante la inversión de un tipo activo. Por ejemplo, el artículo 391 del Código Penal sanciona el homicidio describiendo una conducta activa: "el que mate a otro". Sin embargo, es concebible que una empleada que deja de alimentar hasta la muerte por desnutrición al niño que tiene bajo su cuidado, sea imputada por delito de homicidio por omitir la administración del alimento necesario. La doctrina nacional requiere para la formación de los delitos de omisión impropia que el omitente se encuentre en posición de garante del bien jurídico afectado por la omisión. Para evitar que se amplíe en demasía la aplicación de delitos de omisión impropia, se han establecido doctrinariamente las "fuentes de la posición de garante". Son indiscutidas a nivel nacional, como fuentes de esta posición, la ley y el contrato. El debate en Chile se centra en si puede admitirse la injerencia como fuente del deber jurídico de actuar. La doctrina nacional tiende a rechazar la posibilidad de que la injerencia pueda fundar la posición de garante requerida en los delitos de comisión por omisión. Para fundamentar la doctrina nacional cita entre otros, a Bustos, Juan, Grisolia, Francisco y Politoff, Carnevali Rodríguez, Raúl, Cury, Enrique, Etcheberry, Alfredo, Garrido Montt, Mario. Disponible en: <http://bcn.cl/bbjq> (Mayo, 2012).

en la muerte de este último, no será punible, pues no existirá acción abortiva ni omisión punible.

De este modo, en estricto rigor la conducta del médico no será antijurídica, pues realizó una acción lícita (salvar a la madre) sin incurrir en una omisión punible, al no estar tipificada la omisión abortiva. Es decir, la inexistencia de una figura legal de aborto terapéutico puede encontrarse justificada en la inexistencia del delito de dolo omisivo, haciéndolo innecesario.

2.1.1.- Constitución Política.

La Constitución Política de Chile en el Capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales, Artículo 19, N° 1 “asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley protege la vida del que está por nacer”.

El hecho de que esta protección tenga rango constitucional¹⁰¹ determina la supremacía de esta por sobre toda otra normativa y actividad que se desarrolle en el Estado. La Supremacía Constitucional obliga que todas las normas jurídicas tengan de conformarse sustancial y formalmente a esta, careciendo de todo valor si pugnan con la carta¹⁰².

2.1.2.- Código Penal.

En el Código Penal, en el Título VII, de Crímenes y Delitos Contra el Orden de Las Familias, Contra la Moralidad Pública y Contra la Integridad Sexual, el aborto es tratado en los artículos 342 al 345.

“Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

- 1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada”.
- 2° “Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.
- 3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

“Art. 343. Será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”.

¹⁰¹ Los proyectos de reforma de la Constitución Política podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional (con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65 de la constitución). Para aprobar una reforma sobre el capítulo III, se necesitará la aprobación de las dos terceras partes de los Diputados y Senadores en ejercicio. Capítulo XV, Reformas a la Constitución. Artículo 12 de Constitución Política.

¹⁰² Tratado de Derecho Constitucional Tomo I, Principios Estado y Gobierno.

“Art. 344. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio”.

“Art. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado”.

2.1.3.- Código Civil.

El Código Civil en el Título II, del principio y el fin de la existencia (legal) de las personas, artículo 74 dice que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

Sin embargo, y a pesar de que la criatura en el vientre materno no es considerado legalmente persona, este ser, está protegido. El artículo 75, dice “la ley protege la vida del que está por nacer”. El juez, en consecuencia, “tomará todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá”.

2.1.4.- Código Sanitario.

El Código Sanitario, libro 1, Título I de la Protección Materna-Infantil, hace referencia al aborto en los artículos 16, 50 y 119.

“Art.16. Toda mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes de nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan”.

“Art. 50. Los Oficiales del Registro Civil deberán dar a conocer de inmediato a la autoridad sanitaria local las defunciones causadas por enfermedades de declaración obligatoria y por aborto”.

Este aviso se remitirá por escrito inmediatamente practicada la inscripción y en él se expresarán el nombre, sexo, profesión u oficio, nacionalidad, estado civil, la fecha y lugar de la defunción, causa de ésta y el último domicilio del difunto, así como el nombre y domicilio de la persona que haya solicitado la inscripción.

Art. 119¹⁰³. “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”¹⁰⁴.

Sin embargo esto no siempre fue así, entre 1931 y 1989 en Chile se autorizaba el aborto por razones terapéuticas. Pero a partir de la derogación del Art. 119 del Código Sanitario por la Ley 18.826 se estableció la prohibición en términos absolutos. Consultada la historia de la Ley N° 18.826¹⁰⁵ que estableció el actual artículo 119 mencionado¹⁰⁶, es posible concluir que su sustitución se debió a que el legislador de la época estimó que su anterior contenido era incompatible con el derecho constitucional a la vida, establecido en el artículo 19, N° 1, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, e inconsecuente con las disposiciones de los artículos 342 a 345 del Código Penal.

Sin embargo, en el informe Técnico acompañado al proyecto de ley, establece que “Distinto es el caso de la muerte no deseada del ser en gestación, causada indirectamente por una acción médica desarrollada en la gestante enferma y que indirecta e involuntariamente, produce un doble efecto. Esta materia sí debe tener una consideración y tratamiento legal, y es por ello que el texto del proyecto adjunto aborda esta materia regulándola de modo que, sin atentar contra el principio ético-moral ni contra la norma constitucional, resuelva adecuadamente el problema”.

3.- Principales Argumentos Del Debate sobre el aborto.

3.1.- Ética científica frente al aborto (en Chile)

Según el texto escrito por el Dr. Carlos Valenzuela, Aborto: Aborto Terapéutico y Ética Científica, publicado en la página web del colegio Médico de Chile, la embriología entiende la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable “ex útero”¹⁰⁷. Por otra parte hay que considerar que a partir de la semana 23 o 24, debido al manejo clínico que se puede hacer de esos

¹⁰³ El Código Sanitario creado en 1931, establecía en su artículo 226, que sólo por razones terapéuticas se podía interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer, procedimientos que requerían de la opinión documentada de tres facultativos. En 1968, el código sanitario es modificado, derogando el artículo 226 relativo a la interrupción del embarazo, tema que es abordado por el artículo 119, de la siguiente forma, “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”. Dejando en manos de los médicos la decisión de actuar o no frente a una situación de riesgo de la madre. Desde 1989, esta norma cambió con el texto actual del artículo 119 del Código Sanitario.

¹⁰⁴ Ley N° 18.826 artículo único.

¹⁰⁵ Disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional.

¹⁰⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. Penalización del aborto terapéutico: derecho comparado. Ob. Cit.

¹⁰⁷ Información disponible en: <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=251> (Mayo, 2015)

casos, ya se podría hablar de parto prematuro¹⁰⁸.

Por convención se ha aceptado que, para que haya embarazo es necesario que el embrión esté implantado; proceso que ocurre al día 6° postconcepcional. Sin embargo, habría discrepancias en el mundo médico y bioético por el inicio del estado de embrión; para algunos es desde la concepción (embrión unicelular), desde el estado de mórula, desde la implantación, de la aparición del tubo neural u otras convenciones. Para este autor, el único estado que resiste toda refutación como origen de la individualidad humana o no humana, es la integración programática del citoplasma ovular con el material hereditario que alberga, en una unidad autónoma, constituyendo el cigoto.

El tercer punto a tratar, es la distinción que se debe hacer en términos clínicos del aborto eugenésico y del aborto terapéutico; ya que la intención del aborto terapéutico es eliminar la causa del daño de la salud de la madre y, en ningún caso es matar al producto de la concepción, sea este humano o no humano. Según este autor, no habría ninguna duda, tanto en Ética general como en Ética Médica, porque no hay alternativa: de intervenir se puede salvar al menos la vida de la madre; de no intervenir se morirá la madre y el producto de la concepción.

Para este autor, y a pesar de que distinguidos bioeticistas consideran que ya no habría razones médicas para que se llevara a cabo un aborto terapéutico, en su opinión, si habría varias situaciones para las cuales continúa siendo indicación. Ahora, debido a que la intervención buscaría salvar a la madre, y que la muerte del feto o el embrión no sería intencional, el aborto terapéutico no existiría, ya que sería en sí mismo una contradicción, por lo que esta acción debería llamarse "interrupción terapéutica del embarazo.

4.- Postura ante el aborto de algunas iglesias.

Al revisar la postura ante el aborto de las distintas iglesias, nos encontramos con diferentes visiones¹⁰⁹. Para la iglesia católica, uno de los temas centrales, sino uno de los más importantes, es el origen de la vida, donde se entiende que el feto humano es una persona desde la concepción¹¹⁰.

Basándose en este principio fundamental, entendemos que siendo el derecho a la vida, el derecho esencial de la naturaleza humana, superior a cualquier

¹⁰⁸ Guía Clínica Prevención Del *Parto Prematuro* - Ministerio de Salud. 2010. Disponible en: <http://www.redsalud.gov.cl/archivos/guiasges/prevencionpartoprematuro.pdf> (Mayo, 2015)

¹⁰⁹ Información disponible en: El Aborto: Principales Argumentos Del Debate. Asesoría Técnica Parlamentaria BCN.

¹¹⁰ Evangelium vitae. Información disponible: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html (Mayo, 2012)

otro¹¹¹, el aborto se opone a la virtud de la justicia y viola directamente el precepto divino «no matarás»¹¹². Pero por otra parte además, se ha determinado que el eliminar a un ser humano que comienza a vivir, el ser más inocente y que se encuentra privado de toda forma de defensa, se constituye en un delito particularmente grave e ignominioso, de hecho el texto del Concilio Vaticano II lo define, junto con el infanticidio, como «crímenes nefandos»¹¹³.

Por su parte, las diversas iglesias protestantes¹¹⁴, quienes al igual de los católicos aceptaron que el principio de la vida se producía desde el momento de la concepción, han ido adoptando cambios respecto al tema del comienzo de la vida y el tema del aborto. En 1969, los Metodistas Unidos, resuelven en el consejo, que no se puede hablar de persona humana antes del nacimiento, abriéndole debate para la posibilidad del aborto¹¹⁵. Dos años antes, "la Asamblea de los obispos de la Iglesia episcopal de los Estados Unidos se declaró en favor de la mitigación de las leyes existentes sobre el aborto. La santidad de la vida, en vez de declararse absoluta, se considera "de importancia capital en la teología y doctrina cristianas", suficiente para impedir los "abortos de conveniencia", pero compatible con la declaración siguiente: "Creemos que hay consideraciones que pueden indicar la interrupción de un embarazo en beneficio de la madre, del hijo o de los dos"¹¹⁶.

La Convención baptista de América va mucho más allá de esta posición episcopal. En la resolución que adoptó en mayo de 1968, expone una propuesta más abierta en relación al aborto: que el término del embarazo antes del final de las 12 primeras semanas (primer trimestre), dependa de la petición del individuo (o individuos) a que atañe y que al mismo tiempo se ha de considerar el aborto como un procedimiento médico electivo gobernado por las leyes que regulan la práctica médica"¹¹⁷.

¹¹¹ Op cit.

¹¹² Evangelium vitae. Información disponible:
http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html (Mayo, 2012)

¹¹³ Acción que resulta repugnante u horrorosa por ir contra la moral y la ética

¹¹⁴ Las Iglesias Protestantes incluyen: Bautista, Metodista, Luterana, Mormona, Presbiteriana, Episcopal, iglesia de Cristo Unida, Ciencia Cristiana y Testigos de Jehová.

¹¹⁵ Católicas por el Derecho a Decidir. Información disponible en:
http://www.catolicas.com.ar/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=82 (Enero, 2011)

¹¹⁶ Católicas por el Derecho a Decidir. Información disponible en:
http://www.catolicas.com.ar/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=82 (Enero, 2011)

¹¹⁷ Op cit.

Finalmente, la visión del aborto en el judaísmo es compleja, si bien existe cierto acuerdo de que a priori y como norma general, el judaísmo no acepta el aborto, si existen circunstancias en que este se entiende necesario¹¹⁸. Así en el caso, que se presente la disyuntiva entre salvar al nonato o salvar a la madre, según el Licenciado. Professor Yehuda Ribco, en esta situación tiene prioridad la vida de la mujer que la del feto¹¹⁹, incluso algunos rabinos aceptan como causa de aborto el hecho de que el embarazo ponga en riesgo la salud de la madre¹²⁰.

En el judaísmo, ni el embrión ni el feto son considerados personas. De hecho, hasta los 40 días después de la concepción el huevo, es simplemente considerado fluidos y luego parte del cuerpo de la madre hasta el momento del parto¹²¹. En ese momento, el feto pasa a ser una vida independiente y está totalmente prohibido elegir la vida de uno para salvar al otro. El Talmud es muy claro cuando establece: "desde el momento que su cabeza ha emergido está prohibido *tocarlo* (quitarle la vida), pues una vida no tiene precedencia sobre la otra"¹²².

5.- Principios Feministas.

¹¹⁸ Herbst, A (2005) El aborto y la Eutanasia en la Tradición Judía. Dialogo político.

¹¹⁹ Ser judío. Disponible en: http://serjudio.com/rap1301_1350/rap1317.htm

¹²⁰ Schenker, J. Women's reproductive health: monotheistic religious perspectives. International Journal of Gynecology & Obstetrics 70 _2000. 77]86. In formación disponible en: <http://download.journals.elsevierhealth.com/pdfs/journals/0020-7292/PIIS0020729200002253.pdf>

¹²¹ Schenker, J. Women's reproductive health: monotheistic religious perspectives. International Journal of Gynecology & Obstetrics 70 _2000. 77]86. In formación disponible en: <http://download.journals.elsevierhealth.com/pdfs/journals/0020-7292/PIIS0020729200002253.pdf>

¹²² Herbst, A (2005) El aborto y la Eutanasia en la Tradición Judía. Dialogo político.

Para las feministas¹²³, y en particular aquellas más radicales, “la sexualidad es el corazón de la dominación masculina¹²⁴”. La familia, el matrimonio, el embarazo, y los hijos, son las causas básicas de la opresión de las mujeres¹²⁵, en la medida que le han imposibilitado a estas el constituirse en sujetos sociales, con acceso a goce real y equitativo de los derechos ciudadanos, quedando postergada en la esfera privada y excluida de participar de la esfera pública¹²⁶.

Esta premisa se basa en que los procesos reproductivos no afectan de igual modo a hombres y mujeres. Desde la biología, la mujer enfrenta el embarazo y el parto de los hijos y desde lo social, la crianza y cuidado de estos. De este modo, el movimiento feminista ha intentado reivindicar la autodeterminación corporal y el placer en la sexualidad, como una de las primeras formas de control sobre el propio cuerpo. Esto implica el disfrute de una sexualidad no ligada necesariamente a la procreación, sino que al placer físico, sexual y emocional, así como también la libre orientación sexual¹²⁷. Se entiende que parte fundamental de poder ejercer este derecho en plena libertad, es tener el poder de planificar el número de hijos y el cuándo tenerlos (incluso si tenerlos o no), para lo cual se requiere acceso a la educación sexual, a métodos de natalidad seguros, y si fuera necesario, a un aborto en condiciones adecuadas y seguras¹²⁸.

¹²³ Información disponible en: El Aborto: Principales Argumentos Del Debate. Asesoría Técnica Parlamentaria BCN.

¹²⁴ Richardson, D. Sexuality y feminismo. *Introducing Women's Studies*. Editoras. Robinson y Richarson. Editorial Mac Millan. London 1997.

¹²⁵ Hanmer, J. Women and reproduction. *Introducing Women's Studies*. Editoras. Robinson y Richarson. Editorial Mac Millan. London 1997.

¹²⁶ Fries, L. Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos. Ponencia para el Seminario “Género y Derecho”. FLACSO, febrero de 2000.

¹²⁷ Los derechos reproductivos, por su parte, se fundamentan en el reconocimiento básico de hombres y mujeres de su derecho a decidir libre e informadamente sobre su vida reproductiva y ejercer el control voluntario y seguro de su fecundidad. Por tanto, incluyen el derecho de tomar decisiones en el campo de la reproducción, libres de discriminación, coerción y violencia; así como el derecho de disponer de los niveles más altos de salud sexual y reproductiva, en un marco de bienestar físico, mental y social que garantice la armonía con su entorno y no solamente la ausencia de enfermedad, posibilitando el ejercicio de una vida sexual satisfactoria y segura, el acceso al aborto seguro y el tratamiento humanitario y adecuado de las complicaciones que pudiera generar. El derecho a la salud sexual y reproductiva lleva implícito el criterio de salud, no sólo como la ausencia de enfermedades sino como un estado de bienestar físico, mental y social, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos de procrear, la maternidad sin riesgo, la prevención de enfermedades de transmisión sexual, atendiendo al empoderamiento de las mujeres y su posición como Sujeta de derechos en salud.

¹²⁸ Valladares, L. Derechos Sexuales. Disponible en : <http://www.convencion.org.uy/08Debates/Serias2/Lola%20Valladares.pdf>

Anexo. Regulación del Aborto en otros Países del Mundo¹²⁹

<u>País</u>	Protege r Vida de la Madre	Salu d Físic a	Salu d Ment al	Violac ión	Defectos del feto	Factores Socioeconó micos	A solicitud
<u>Alemania</u>	S	S	S	*	*	*	*(Ilegal pero no punible)
<u>Argentina</u>	S	S	S*	S*	N	N	N
<u>Angola</u>	*	N	N	N	N	N	N
<u>Bahamas</u>	S	S	S	N*	N*	N	N
<u>Bolivia</u>	S	S	S*	S	N	N	N
<u>Brasil</u>	S	N	N	N	N	N	N
<u>Canadá</u>	S	S	S	S	S	S	S
<u>Chile</u>	N*	N	N	N	N	N	N
<u>Colombia</u>	S	S	S	S	S	N	N
<u>Costa Rica</u>	S	S	S*	N	N	N	N
<u>Cuba</u>	S	S	S	S	S	S	S
<u>Ecuador</u>	S	S	S*	S	N	N	N
<u>El Salvador</u>	N	N*	N	N	N	N	N
<u>España</u>	S	S	S	S	S	S	S
<u>Estados Unidos</u>	S	S	S	S	S	S	Varia
<u>Francia</u>	S	S	S	N	S	*	N
<u>Guatemala</u>	S	N	N	N	N	N	N
<u>Guyana*</u>	S	S	S	S	S	S	S

129

Elaboración propia a partir de información de World's abortion laws. Disponible en: <http://worldabortionlaws.com/map/> (Mayo, 2012); Abortion Worldwide: A decade of uneven progress. The Guttmacher Institute. 2010. Disponible en <http://www.guttmacher.org/pubs/Abortion-Worldwide.pdf> (mayo, 2012); Derogación del aborto terapéutico en Nicaragua: impacto en la salud. salud de la familia y la comunidad Ob. Cit; códigos penales de Inglaterra, Francia, España, Argentina, México, Costa Rica, Ecuador, Bolivia y Chile.

<u>Taití</u>	S	N*	N	N*	N*	N	N
<u>Honduras</u>	S*	N	N	N	N	N	N
<u>Irlanda</u>	S	S	N	N	N	N	N
<u>Italia*</u>	S	S	S	S	S	S	S
<u>Jamaica</u>	S	S	S	<	<	N	N
<u>México</u>	S	N*	N*	S	S*	N	N
<u>Nicaragua</u>	N 26 octubre 2006	N	N	N	N	N	N
<u>Panamá</u>	S	N	N	S	S	N	N
<u>Paraguay</u>	S	N	N	N	N	N	N
<u>Perú</u>	S	S	S	N	N	N	N
<u>Polonia</u>	S	S	*	*	*	N	N
<u>Rep. Dominicana</u>	S*	N	N	N	N	N	N
<u>Reino Unido</u>	S	S	S	N	S	N	N
<u>Surinam</u>	S*	N	N	N	N	N	N
<u>Uruguay</u>	S	S	S	S	N	N	N
<u>Venezuela</u>	S	N	N	N	N	N	N

Legenda:

<u>S: Legal</u>	S* Legal con margen de interpretación
<u>N: Ilegal</u>	N*Ilegal con margen de interpretación
<u>*Legal solo durante 1er trimestre</u>	

\leq <u>Aprobación</u> \geq <u>especialista</u> <u>s</u>	Varia: Varia por región
--	------------------------------

SUB-CAPÍTULO IV.

CONSIDERACIONES PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO.

SUBCAPÍTULO IV.

CONSIDERACIONES PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO.

1.- Introducción.

De la revisión del Código Penal Peruano¹³⁰, podemos advertir que dicho cuerpo normativo se divide de la siguiente manera: Título Preliminar, Libro Primero (Parte General), Libro Segundo (Parte Especial - Delitos), Libro Tercero (Faltas) y Disposiciones Finales y Transitorias.

El legislador penal, abre el catálogo de la Parte Especial - Delitos, con la punición de los delitos que atenten contra la Vida el Cuerpo y la Salud, los cuales constituyen los bienes jurídicos más valiosos para el ser humano, es decir el legislador penal a tomado en cuenta esta precisión no por mera casualidad o capricho, pues el bien jurídico vida humana, es el sustrato, presupuesto necesario para que el legislador pueda proteger los demás bienes jurídicos como son el Honor, la Familia, el Patrimonio, el Orden Económico y Financiero, la fe Pública, etc. En el mismo sentido la doctrina expone: “Todo nuestro sistema jurídico se inicia interesándose por los principales derechos fundamentales de la persona humana, los que vienen a constituir la vida individual, la integridad física o mental y la salud, de los cuales emergen y se ejercitan los demás como la libertad. Ello no tiene otra explicación sino en el hecho concreto que estos derechos proporcionan a todos y cada uno de los seres humanos, los presupuestos y medios adecuados para intentar alcanzar la plenitud de su ser como verdaderos hombres, los mismos que filosóficamente consisten en una sustancia individual de naturaleza racional, dotado de la capacidad de entender y querer. En efecto, nuestra Carta Política y el Código Civil, siguiendo la ideología inmersa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), comienzan señalando que en primerísimo lugar, toda persona natural tiene derecho a la vida y a su integridad psico-física y corresponde a la sociedad jurídicamente organizada (Estado), protegerla. En ese sentido, El *corpus juris penale*, no puede ser indiferente a aquella ideología adoptada en todo Estado Democrático de Derecho. Apareciendo como los principales y primeros bienes jurídicos a proteger, la vida y después la integridad física y psicológica de la persona individual.”¹³¹

¹³⁰ Hay un proyecto de ley para abrogar el Código Penal Peruano. La noticia se titula: Congresista Juan Carlos Eguren, Presidente De La Comisión De Justicia: “En marzo se aprobaría nuevo Código Penal”. Disponible en: <http://laley.pe/not/2016/-en-marzo-se-aprobaria-nuevo-codigo-penal-> (Fecha de consulta 17/01/15)

¹³¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. I. Editora Jurídica Grijley.

Como ya se expuso en los capítulos precedentes: “El aborto importa la acción u omisión lesiva (dolosa) que recae sobre la vida humana en formación, generando su eliminación, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, propiciando en todo caso la interrupción de la gestación, la muerte del feto (vida pre-natal)¹³². Por lo que la acción dolosa no puede incidir sobre el feto muerto (imposibilidad del objeto), y tampoco cuando se ejecuta con anterioridad a la fecundación, antes de la anidación (métodos anticonceptivos). El tiempo del embarazo no interesa¹³³, así como los medios que han de emplearse para la realización de la acción abortiva¹³⁴, sólo interesará a efectos de una mayor pena, la calidad del agente. Lo esenciales que represente un medio que haya producido esa muerte o el aborto, con arreglo general de la causalidad material¹³⁵, en nuestra consideración de acuerdo a los criterios de imputación objetiva. De ello se deduce que la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto que no puede ser aun calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, condición, que según sabemos, comienza con el comienzo del parto¹³⁶.

Para que podamos hablar de un aborto, debe producirse necesariamente la muerte del feto; se trata, entonces, de un delito de resultado. Se requiere no sólo de un feto que tuvo viabilidad existencia, sino también que haya estado vivo al momento de haberse ejecutado la modalidad típica. Es indiferente si presenta anomalías físicas o fisiológicas¹³⁷.

Tampoco puede ser objeto de aborto el producto del desarrollo completamente anormal del huevo (mola)¹³⁸; tampoco la destrucción de

4Ta Edición. Noviembre 2010. Pág. 4.

¹³² Así, CARBONELL MATEU, J.C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Aborto* cit., p.114 Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹³³ PEÑA CABRERA, R.; *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida...*, cit., p. 263. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹³⁴ De forma amplia, PEÑA CABRERA, R.; *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida...*, cit., p. 263-265. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹³⁵ NUÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. III, cit., ps. 164-165. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹³⁶ SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino*, T. III, cit., ps. 110-111. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹³⁷ BUSTOS RAMIREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 59. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 231.

¹³⁸ SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino*, T. III, cit., p.111. HURTADO POZO, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 57; PEÑA CABRERA, R.; *Estudios de Derecho Penal. Delitos*

óvulos fecundados in Vitro que no llegan a implantarse (...) ¹³⁹.

Por consiguiente, son presupuestos materiales indefectibles del aborto: la existencia de un embarazo, la vida del feto y su muerte a raíz de los medios abortivos utilizados al efecto ¹⁴⁰.

Se considera aborto la expulsión provocada del feto, siempre y cuando su muerte se haya producido antes del inicio del parto, después de dicha etapa, la acción será constitutiva de homicidio.

Si hablamos de una acción lesiva dolosa, ello importa que el agente materialice ciertos actos conducentes a la obtención del resultado -reprimido por la ley-. Quedan fuera del ámbito de protección de la normas, aquellas interrupciones del embarazo, producto de deficiencias orgánicas de la madre, de una concepción no bien llevado en el claustro materno. Tampoco recalán en el radio de acción del tipo penal, aquellos abortos que acaecen, debido a la injerencia de ciertas sustancias, fármacos, medicinas, etc., por parte de la madre, que obedecen más bien a una conducta a veces negligente por parte de la gestante. El delito de aborto no es reprimible en su vertiente culposa. ¹⁴¹

Con relación al bien jurídico tutelado en el delito de Aborto: “La doctrina discute, en cuanto al bien jurídico objeto de protección punitiva, en el caso de estos injustos ¹⁴², postura que se ha de condecirse conforme al sistema de penalización elegido (sistema de indicaciones). Siendo así, no podrá decirse de ningún modo que no existe un bien jurídico -digno de tutela-, quienes abogarían, por una despenalización absoluta de estas infracciones normativas, tendrían que llegar a esta conclusión.

Si se señaló que el sistema de indicaciones, supone que en principio el aborto no sea punible, debemos arribar que el bien jurídico protegido es la

contra la vida..., cit., p. 260 NUÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. III, cit., ps. 164-165. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 231.

¹³⁹ GONZÁLES RUS, J.J.; *El aborto. Lesiones al feto*, cit., p. Así VALLE MUÑOZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p.94; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.; *Del Aborto*, cit., p. 422. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 232.

¹⁴⁰ NUÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. III, cit., p. 161. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 232.

¹⁴¹ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 232.

¹⁴² *Vid.* ALONSO DE ESCAMILLA, A.; *Del Aborto*, cit, p. 63. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

vida en formación, el nasciturus¹⁴³, desde el momento en que adquiere viabilidad de existencia, a partir de la anidación del óvulo en la pared uterina, que finaliza cuando se inicia el proceso del parto¹⁴⁴, de común idea con los alcances normativos del tipo penal de infanticidio. Punto de delimitación que marca la frontera entre los delitos de aborto, y los delitos de homicidio. En todo lo no dicho, nos remitimos al punto 2.1, analizado en los delitos de Homicidio.¹⁴⁵

Para Peña Cabrera, el bien jurídico protegido en esta infracción es la vida del feto¹⁴⁶.

Empero, si hemos reconocido un sistema de indicaciones, concatenado con singulares excepciones, debemos concluir que de forma eso sí subsidiaria, también son objeto de tutela los intereses de la madre gestante, en cuanto al libre desarrollo de su personalidad, su dignidad e intimidad; empero no por ello, puede superponerse dichos intereses a los del nasciturus. Lo que se protege es una vida que, aunque se desarrolla en las entrañas y expensas de la madre, merece una protección independiente de la vida de ésta, pero no de su salud¹⁴⁷.

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional Peruano: “10.- Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las

¹⁴³ Así, VALLE MUNIZ, J.M./ Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 94; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.; *Del Aborto*. En: Comentarios al Código Penal, Director: GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, cit., p.421. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹⁴⁴ Así, HURTADO POZO, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 57; Gonzales Rus, J.J.; *El aborto. Lesiones al feto*, cit., ps. 112-113. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹⁴⁵ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹⁴⁶ PEÑA CABRERA, R.; *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida...*, cit., p. 260; Así, GONZÁLES RUS, J.J.; *El aborto. Lesiones al feto*, cit., ps. 111-112. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹⁴⁷ NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. III, cit., p. 160. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derecho Humanos, y el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.” (Exp. N.º 2488-2002-HC/TC)

Para ser coherentes con las ideas que vamos a trabajar primero tendremos que anotar que en relación al bien jurídico vida humana existen dos clases de bienes jurídicos protegidos por el derecho penal el primero es el bien jurídico vida humana independiente y el segundo es vida humana dependiente, el tema que hemos escogido para el tema de tesis lo hemos denominado: LA EFECTIVA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO VIDA HUMANA DEPENDIENTE: CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO, en ese sentido debemos entender que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es el la vida humana dependiente, lo cual es paradójico decirlo o asimilarlo, pues del análisis de la pena privativa de libertad estipulada para la comisión de dicho delito, el aborto eugenésico será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses¹⁴⁸, lo que sin lugar a dudas genera problemas para que los magistrados (jueces y fiscales a su turno) puedan accionar contra dicha conducta, pues dicho delito es sancionado con un plazo irrisorio, demasiado corto, tomándose en cuenta que el bien jurídico protegido es la Vida Humana Dependiente¹⁴⁹.

A su turno esbozando consideraciones históricas la doctrina expone: “Al término de la gran guerra, cobró fuerza en Europa -especialmente en Francia- una tendencia, despenalizar el aborto en caso de preñeces derivadas de violaciones practicadas por los invasores. Se llegó a hablar un aborto por honor nacional.

¹⁴⁸ “En cuanto a la tipicidad subjetiva... Se debe tener conocimiento de la existencia de un diagnóstico médico, el cual indica la probabilidad que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas... Estos delitos atenuados se encuentran penados con una pena simbólica; la privación de libertad no mayor de tres meses. CHIRINOS SOTO; Francisco. *Código Penal. Comentado, concordado, jurisprudencia*. Editorial Rodhas. 6Ta edición. Marzo 2014. Pág. 463).

¹⁴⁹ La vida humana -digna de protección penal-, no se circunscribe a la persona que vive de forma independiente, fuera del claustro materno, sino también a la vida en formación de conformidad con la finalidad teleológica del Derecho penal, plasmada en el artículo IV del Título Preliminar del C.P., de común idea con el artículo 1º del Código Civil concordante con el artículo 2.1 de la Ley Fundamental. Un planteamiento humanista que coloca a la vida humana como primer valor de la cúspide normativa que se simboliza constitucionalmente.

Los delitos de aborto en comparación con los delitos de homicidio, reciben una pena atenuada, ello en consideración al principio de lesividad fundamentalmente, y al hecho contrastable, que la vida en formación es un proyecto que aún no adquiere concreción propia a diferencia de la vida humana ya lograda, lo que no quiere decir, que la primera de ellas merezca una protección menos intensa. PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 218.

El aborto eugenésico es aquel que se produce con la finalidad de evitar que el nacimiento de seres disminuidos sobre los que pesan graves taras o deformaciones e incapacidades de orden físico o intelectual. Eugenesia, etimológicamente hablando, significa bello nacimiento. El requisito de nuestra ley para conceder la penalidad atenuada consiste en el diagnóstico médico en orden a la probabilidad de que el sector está de alguna grave malformación. Hay enfermedades padecidas por la gestante, como la rubiola, que traen consigo casi la certeza de un feto tarado.¹⁵⁰

Debemos concluir que el tema no sólo tiene implicancias netamente jurídicas, sino también sociales y económicas la estadística sobre la práctica del aborto es alarmante: “En la actualidad se estima que cada año 46 millones de mujeres alrededor del mundo recurren al aborto inducido para terminar con un embarazo no deseado.”¹⁵¹

La tendencia actual se guía por una nueva postura, en la que se reconoce el Valor que tiene la vida en formación, pero reconoce también el Valor del derecho la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad de la mujeres en estado grávido, constituyendo este último Valor prevalente cuando en determinadas circunstancias ambos valores entran en conflicto. En muchas legislaciones la apreciación de la vida cierta de la gestante se ha antepuesto a la valoración de la vida en formación del feto. Nuevos conceptos, cómo el derecho de la mujer embarazada a la salud física y psíquica, a la autonomía, a la libertad el desarrollo de su personalidad, han comenzado ser valorados. La idea de que en ciertas circunstancias esos derechos deben ser protegidos, aun a costa del sacrificio de una existencia embrionaria, se ha arraigado en los legisladores de diversos países.¹⁵²

La cita anterior merece ciertas matizaciones que no debemos dejar pasar por alto, pues el único tipo de aborto, que no es punible al menos formalmente, es el aborto terapéutico, en la cita anterior se invocan derechos fundamentales de la mujer como son: derecho la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad de la mujeres en estado grávido, la autonomía, a la libertad el desarrollo de su personalidad, si recurrimos al test de ponderación de derechos fundamentales como en este caso sería enfrentar a dos derechos fundamentales como son el derecho a la vida que lo tiene el ser humano en formación vs. El derecho al libre desarrollo de la personalidad,

¹⁵⁰ CHIRINOS SOTO; Francisco. *Código Penal. Comentado, concordado, jurisprudencia*. Editorial Rodhas. 6Ta edición. Marzo 2014. Pág. 460.

¹⁵¹ HUGO VIZCARDO; Silfredo. ARENAS ACOSTA; Juana Flor. *El aborto y las condiciones de su permisibilidad. A propósito de la expedición de la guía técnica para la estandarización del procedimiento del aborto terapéutico*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 61. Julio 2014. Gaceta Jurídica. Págs. 302-303

¹⁵² Ibídem. Pág. 303.

no hace desarrollar el test de proporcionalidad¹⁵³ para darse cuenta que le derecho que se impone al otro con el cual entró en conflicto, es el derecho a la vida del nasciturus.

De una represión indiscriminada del aborto, sobrevienen las siguientes consecuencias:

1.- Se promueve la discriminación. Para las clases más favorecidas económica y culturalmente no representa ningún problema procurarse medios anticonceptivos; al poder controlar más fácilmente la natalidad es menor el número de mujeres de esos sectores sociales que quedan embarazadas en contra de su voluntad y que se ven obligadas a buscar en el aborto el último remedio. Y si se quedan embarazadas y no desean tener un hijo tampoco supone mayor problema para ellas desplazarse a un país europeo donde el aborto no constituye delito para poder interrumpir allí el embarazo con la más completa impunidad¹⁵⁴.

Consecuentemente, la violencia estatal que significa el Derecho penal únicamente recae, sobre las clases sociales marginales.

2.- La aparición de una verdadera industria del aborto, compuesta por sujetos empíricos, que muchas veces ni siquiera son médicos, sujetos que realizan las prácticas abortivas con providencias médicas mínimas, en condiciones de

¹⁵³ Definición del test de proporcionalidad

Este *test* se refiere a un estudio de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia, constituyendo un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta parece afectar el ejercicio de los derechos fundamentales.

De esta forma, para que la aplicación del *test* sea conveniente, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a fin de determinar si el criterio de porcentajes de aportación establecido en el artículo 1º de la Ley N.º 28047 es constitucional o no. (STC 0030-2004-AI-FJ, 2)

“La proporcionalidad exige la existencia indubitante de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental).” (STC 00090-2004-PA, párrafos 8º y 9º del FJ 35)

¹⁵⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Por un aborto libre*, cit, p. 39. Esta discriminación se extiende también, en los métodos anticonceptivos como el AOE, pues, mientras que las mujeres pertenecientes a las clases más pudientes pueden acceder fácilmente al Anticonceptivo Oral de Emergencia, las multes pertenecientes a las clases más pobres deben de esperar que el Gobierno decida distribuirla gratuitamente, dependiendo de su autorización. Situación que no hace más que ensanchar las contradicciones de una política sexual y reproductiva anacrónica e involucionada. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 221.

pésima higiene y salubridad, donde al actuar en estas condiciones, fácilmente se pone en riesgo la vida y la salud de la gestante, de estas inobservancias puede también sobrevenir la muerte de la mujer o la causación de lesiones graves. Estos empíricos únicamente actúan impulsados por la obtención de lucro, quienes abultan su patrimonio a costa de las necesidades de las mujeres¹⁵⁵.

3.- La cifra negra de la criminalidad es cada vez más abundante en nuestro país, conforme se agudiza la pobreza en nuestro país, más serán las mujeres que acudan a estos centros clínicos clandestinos a fin de interrumpir un embarazo no deseado y muchas de éstas mujeres son adolescentes¹⁵⁶; pues, en vez de que el Estado asuma políticas de planificación reproductiva de corto y mediano alcance, el entramado discusional se entrapa en políticas exclusivamente político criminales, es decir, en vez de prevenir se cae en el equívoco de pretender solucionar esta grave problemática mediante una nefasta represión.¹⁵⁷

2.- Los denominados abortos atenuados en el Perú¹⁵⁸.

Como novedad, el legislador penal de 1991 introdujo en nuestro texto punitivo tres circunstancias atenuantes del delito de aborto por violación sexual fuera del matrimonio, inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio; y la posibilidad de que el ser en gestación no actúa con graves taras físicas o psíquicas (art. 120).

Estos supuestos que doctrinariamente se encuadran dentro de los alcances de las figuras del aborto ético o sentimental y aborto por consideraciones eugenésicas, son generalmente tomados como circunstancias justificadoras, que determinan la presencia de abortos impunes, pero que, en nuestro sistema penal, han sido considerados tan sólo como atenuantes de la conducta (sistema de indicaciones).

Tal es el caso de la legislación penal mexicana, que en su momento establecido que no es punible la muerte dada al producto de la concepción.

Cabe recordar que los antecedentes prelegislativos y proyectos anteriores a

¹⁵⁵ Así PEÑA CABRERA, R. *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*. Cit. 239; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ediciones Juris. Lima, 1995, cit., p.28. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 221. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 222.

¹⁵⁶ Se estima que las peruanas tienen su primer hijo a la edad promedio de 22 años y que diez de cada cien adolescentes ya son madres. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 222.

¹⁵⁷ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 222.

¹⁵⁸ HUGO VIZCARDO; Silfredo. ARENAS ACOSTA; Juana Flor. Ob. Cit. Págs. 311-319.

la redacción del documento final que constituye nuestro vigente cuerpo normativo penal, consideraron esas circunstancias como merecedoras de justificación y, por ende, fundamentadoras de figuras abortivas no punibles, adicionales a la figura de aborto terapéutico, que tradicionalmente siempre fue la única forma de aborto permitido en nuestro ordenamiento legal.

Esto se comprueba fácilmente de la misma redacción del texto legal, que apunta más a formas permitidas, que figuras punibles; y además, su propia ubicación legislativa, después de la figura abortiva permitida, nos demuestra la intención original del legislador. Lamentablemente, consideraciones extratécnicas y extralegales determinaron este giro. Evidentemente, mucho influyó en el ánimo de los legisladores la presión que ejercieron cerdo grupos sociales conservadores y religiosos contrarios a cualquier forma de aborto, que lanzaron sus críticas y movieron sus influencias para evitar lo que ellos, en ese momento, consideraron la implementación de una pretendida "legalización del aborto" en nuestro país, algo que nunca fue cierto.

Todo ello ha determinado la existencia del citado artículo 120 del código penal, que nos trae la presencia de figuras delictivas simbólicas y meramente decorativas, que no cumple los fundamentos de la política criminal formal y que, en la práctica, no tienen razón de ser, y que más bien contribuyen a la proliferación de abortos clandestinos.

No entendemos como una mujer embarazada optaría por las modalidades establecidas en dicho tipo si sabe que les pero una pena, aunque sólo simbólica, y que se expondrá al escándalo vía problemas policiales y judiciales.

La descripción típica de estas modalidades abortivas "atenuadas" se encuentra en el artículo 120 del código penal.

"El aborto será reprimido con pena privativa de libertad mayor de tres meses..."

Dicha sanción en la actualidad resulta incomprensible; en su orientación inicial su sentido era que el aborto no fuera reprimido.

Clasificación típica.

Legislativamente, las modalidades típicas abortivas se encuentran ubicadas en el capítulo II (aborto - artículos 114 a 120), del título I (delitos contra la vida, el cuerpo y la salud), del libro segundo del código penal (parte especial). La clasificación de estos tipos delictivos se realiza de la siguiente forma:

A) formas típicas básicas:

Autoaborto (Artículo 114).
Aborto consentido (Artículo 115).
Aborto no consentido (Artículo 116).

B) formas típicas agravadas:

Aborto consentido con resultado de muerte (Artículo 115, segunda parte).
Aborto no consentido con resultado de muerte (Artículo 116, segunda parte).
Aborto abusivo (Artículo 117).

C) formas típicas atenuadas:

Aborto Preterintencional (Artículo 118).
Aborto Sentimental (Artículo 120, inciso 1).
Aborto Eugenésico (Artículo 120, inciso 2).

D) forma de aborto impune:

Aborto terapéutico (Artículo 119)

Criterios de política criminal determinante en nuestro sistema penal no se tipifique la conducta abortiva culposa. Diferentes el caso de la legislación española que tipifique ese tipo de conductas en su artículo 146: “el que por el imprudencia grave ocasional de un aborto será castigado con pena de prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses. Cuando el aborto o fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a 3 años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

3.- Sistemas De Despenalización del Aborto.

La despenalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo obedece a la concurrencia de intereses contrapuestos, o, de forma más explícita, a la existencia de un conflicto entre los intereses de la mujer que no desea continuar la gestación y la tutela jurídica que ampara la vida prenatal. Son dos, esencialmente, los sistemas legales propuestas para resolver el conflicto: a) sistema de indicaciones; donde se parte de la regla General de prohibición del aborto durante toda la gestación, y se introducen legalmente una ser excepciones (“indicaciones”) que vienen a resolver el conflicto. b) sistema del plazo: donde se parte del impunidad General del aborto practicado a solicitud de la mujer, dentro de un determinado periodo de la gestación (formalmente, doce semanas). En cualquier caso, los dos sistemas responden a la lógica de la ponderación de intereses, y, en consecuencia, ambas vías de solución son idóneas para resolver el conflicto pergeñado. La opción a favor de uno u otro dependerá exclusivamente de criterios políticos-

criminales¹⁵⁹.

Dejando de lado el sistema tradicional que se incubaba en la Iglesia Católica, el método natural, para impedir un embarazo, la legislación comparada al igual que el derecho positivo acogen dos sistemas: del plazo y de las indicaciones.

La forma como se viene abordando el delito de aborto en las distintas legislaciones, no es uniforme, presentándose distintos sistemas, siendo los más comunes el sistema de plazos y el de las indicaciones¹⁶⁰.

3.1.- Sistema de los plazos.

En ese sistema se parte de la impunidad General del aborto practicado a solicitud de la mujer, dentro de un determinado periodo de la gestación (normalmente, doce semanas). Se considera que durante ese periodo el aborto resulta menos peligroso para la vida y la integridad de la Madre y, de otro lado, dado el carácter progresivo de la valoración de la vida información, en este momento la valoración del feto sería inferior. Y, sobre todo, en relación al derecho de libre desarrollo de la personalidad de la madre¹⁶¹. Este sistema se ha introducido algunas legislaciones europeas; sin embargo, no resultaría posible en nuestro medio debido a la existencia de diversos convenios sobre derechos humanos como la convención americana de derechos humanos, entre otros, que protegen la vida humana a partir de la concepción (artículo 4.1), a diferencia del convenio europeo de derechos humanos que no tienen la disposición semejante¹⁶²; aun cuando la corte europea de derechos humanos no ha excluido la protección de la vida del concebido, habiendo dejado a los estados un margen amplio de discrecionalidad para usar sus propios términos¹⁶³.

¹⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Volumen I. Editorial Aranzadi S.A. Quinta Edición. Pág. 89.

¹⁶⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 563.

¹⁶¹ CARBONELL MATEU-GONZALES CUSSAC: *Ob. cit.*, p. 776. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 564.

¹⁶² El Convenio Europeo De Derechos Humanos, en su artículo 2, reconoce la protección de la vida a favor de toda persona, sin hacer alusión a la vida del concebido. Ver BURGORGUE-LARSEN, Lawrence: *El derecho a la vida y la dignidad personal: una aproximación de la corte europea de los derechos humanos*. En: AA. VV. *Tendencias jurisprudenciales de la corte interamericana del tribunal europeo de derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 73-74. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 564.

¹⁶³ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo

Este sistema se configura, cuando la interrupción del embarazo no resulta criminalizado cuando es realizado dentro de un tiempo determinada. Generalmente se ha fijado, que dicho plazo se ciñe hasta la doceava semana del embarazo¹⁶⁴, en el sentido, de que pasado dicho tiempo, su interrupción importa un grave riesgo para la vida y salud de la gestante, Con posterioridad a este plazo la madre sólo puede abortar en el caso que se dé una indicación precisa¹⁶⁵.

Se trata en el fondo de un modelo combinado de libertad plena del aborto practicado en un periodo inicial y de su admisión, en las demás etapas, bajo ciertas condiciones (médica, eugenésica, ética y social)¹⁶⁶.

Para la adopción de la solución de los plazos en los países desarrollados, no se ha dejado de lado, por ser fundamental, la organización de una oficina de consulta, orientación y consejo sobre los pro y contra de la práctica del aborto; como la de un sistema de establecimientos hospitalarios y de asistencia médica y financiera para las madres sin medios económicos suficientes¹⁶⁷. Esto resulta imperioso para que pueda funcionar un sistema así concebido, por lo que sólo Naciones económicamente fuertes, puedan adoptarlo, pues se requiere de la implementación de todo un orden de medidas, que puedan asegurar que su utilización por parte de las embarazadas, un empleo indiscriminado, fomentando una actividad sexual irresponsable, con ello vaciaríamos de contenido material, un bien jurídico tan importante, como la vida humana en formación. El seguimiento médico y sociológico es de relevancia, para poder contar con un eficiente tratamiento, y que el Estado pueda fiscalizar dichas prácticas, para que no desborden el umbral de la legalidad. La interrupción del embarazo debe ser siempre la última opción, por lo que se debe conceder a la gestante, una serie de alternativas, como la adopción, etc. Por tales motivos, el sistema de los plazos, no se ajusta a realidades sociales como la peruana.¹⁶⁸

2012. Pág. 564.

¹⁶⁴ Así, CARBONELL MATEU, J.C./ GONZÁLEZ, CUSSAC, J.L; *Aborto*, cit., p. 120; Ver al respecto, FERNÁNDEZ DEL TORCO, J.M.; *Interrupción voluntaria de embarazo y consentimiento de la mujer*, cit, p.22. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 224.

¹⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 58. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 224.

¹⁶⁶ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Parte Especial, cit. p. 40. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 224.

¹⁶⁷ PEÑA CABRERA, R. *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida*. Cit. 253. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 225.

¹⁶⁸ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Ob. Cit. Págs. 224-225.

3.2.- Sistema de las indicaciones.

Este sistema parte de la siguiente regla General: prohibición del aborto durante toda la gestación; sin embargo, se introduce en una sede de excepciones (indicaciones), que vienen a resolver el conflicto entre el interés de la Madre y del concebido.¹⁶⁹

Las principales indicaciones son:

A) Indicación Terapéutica.

Se considera no punible interrupción del embarazo cuando es practicado con la finalidad de evitar un serio peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada, peligro que es imposible evitar de forma distinta. Para ello se establecen generalmente, requisitos previos, como el consentimiento de la mujer y la obtención de un informe médico favorable. Se escoge a este sistema: Argentina, Alemania, Noruega, Suecia, gran Bretaña, estados unidos, España, Francia e Italia, entre otros.

B) Indicación Ética.

Según este indicación interrupción del embarazo no sancionada cuando éste es el resultado de un atentado contra libertad sexual de la mujer. Si el cojín a este sistema países como: Argentina, Uruguay, Brasil, México, estados unidos, Suecia, Grecia, Polonia, Alemania, España Francia e Italia.

C) Indicación Eugenésica.

En estos casos se permite el aborto por evitar el nacimiento de niños con taras degenerativas. Los países que se acogen este sistema son: Dinamarca, Suecia, Finlandia, Alemania, gran Bretaña, España, Francia e Italia

D) Indicación Social.

Se permite la interrupción del embarazo cuando el nacimiento habría de suponer un gravísimo quebranto social y económico para la embarazada se coge en ese sistema: Polonia, gran Bretaña, Islandia, Finlandia, Dinamarca e Italia.

¹⁶⁹ El código penal español actual, ha optado por el sistema de indicaciones al haber dejado vigente en el artículo 417 del código derogado, el mismo que señala que no ser punible el aborto practicado por médico siempre que se dé alguna de las siguientes circunstancias: uno que sea necesario para evitar o un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica del embarazada; dos el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación; y iii que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de los 202 primeras semanas de gestación. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 564-565.

En nuestra legislación penal, es cierta forma, se ha adoptado el sistema de indicaciones, puesto que el “aborto terapéutico” no es punible, conforme lo prescribe el artículo 119 del código. Asimismo, se traduce la sanción penal a pena privativa de libertad no mayor de tres meses, en el caso del aborto de un embarazo ocasionado como consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio (art. 120.1 del C. P.) Y “cuando es probable que el ser en formación va a nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico” (art. 120.2 del C. P.). Cabe precisar, que la existencia de penas irrisorias para los supuestos antes descritos, conlleva considerar que en realidad, de lo que se trata es de una verdadera despenalización del aborto en estos casos.¹⁷⁰

El sistema de indicaciones a diferencia del sistema de los plazos, determina la posibilidad de una exoneración de pena, sólo en aquellos casos donde se advierte un real conflicto de bienes jurídicos¹⁷¹. La distinción estriba únicamente en considerar en interés preponderante la vida en formación en todo tiempo, excepto cuando concorra alguna concreta razón que permita otorgar mayor relevancia a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad¹⁷². Se parte de la punición del aborto, cuando ha de verse ya una vida humana viable, desde la etapa de la anidación, concediendo una amplia protección al fruto de la concepción, desde una denominada postura “*pro-life*”, pero matizado con ciertas condiciones, o mejor dicho excepciones¹⁷³, que hace que el Derecho penal deba prescindir de una pena, cuando aparezcan otros intereses jurídicos, en este caso de la madre gestante.

¿Cuáles son los intereses que se ponen en tutela, para indicar la no penalización del aborto? Serían el libre desarrollo a la personalidad de la gestante, su intimidad y su dignidad inherente, en lo que refiere a su inviolabilidad personal. si no fuese así, el Derecho penal se reduciría a un instrumento en puridad represor, negador de los derechos fundamentales, que en vez de solucionar pacíficamente el conflicto social, ha de generar un mayor drama social del que tenía que evitar, con los costes que ello significa.¹⁷⁴

¹⁷⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 563- 566.

¹⁷¹ Así, Alonso de Escamilla, A.; *Del Aborto*, cit, p. 62. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 226.

¹⁷² PEÑA CABRERA, R. *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida*. Cit. p. 255. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 226.

¹⁷³ Así, PEÑA CABRERA, R. *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida*. Cit. p. 255. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 226.

¹⁷⁴ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 226.

Las indicaciones en concreto serían las siguientes: primero, cuando la continuidad del embarazo coloca en grave riesgo la vida y/o salud de la gestante, segundo, cuando el embarazo es producto de una violación, desde un plano ético, sentimental, llevado a la dignidad humana, y tercero, cuando ha de advertirse que el niño ha de nacer con graves taras físicas y/o psíquicas, que hayan de suponer una vida poco plena tanto para él como para su familia. Según la legislación penal vigente, sólo la primera indicación, nos referimos al aborto terapéutico no es punible, pues las otras dos indicaciones no son exonerados de pena, pues ha de ser considerados como figuras atenuadas¹⁷⁵.

Una primera objeción a este sistema, es que la indicación queda sujeta a causales taxativamente previstas en la Ley, dejando de lado otras, que pueden resultar también atendibles, por lo que no se toma en cuenta los intereses de la embarazada en toda su magnitud. En efecto, en países como el Perú, el aspecto económico juega un rol muy trascendental, en el caso del aborto, de seguro muchas acuden a estas prácticas ilegales, porque no están en la posibilidad de poder mantener dignamente a la vida que está por nacer. Máxime, si puede tratarse de una familia con varios hijos, donde la manutención de la esperanza de vida, puede poner en riesgo el desarrollo y bienestar de los primeros. Una indicación de esta naturaleza, no puede tampoco fijarse de forma libérrima, sino mediando ciertas instituciones que puedan aconsejar a la embarazada a tomar la mejor decisión, y siempre debe estar latente el proceso de adopción, a fin de evitar la interrupción súbita de la gestación.¹⁷⁶

Nuestro derecho positivo únicamente prevé la impunidad del aborto terapéutico, y una penalidad mínima para el caso de los abortos ético-sentimental y eugenésico. Entonces, nuestra política criminal con respecto al aborto es de-respetar al máximo la vida del concebido, es decir, pro-life, Con algunas excepciones, cuando el desarrollo del embarazo entra en conflicto con bienes jurídicos de la gestante. Un sistema llevado a la solución de las indicaciones, es decir, en principio, el aborto consentido es punible en cualquiera sea la etapa de la realización del mismo, de ahí que se conozca como el de regla-excepción. A nuestra consideración es un sistema indicativo restringido, puesto, que desconoce otros indicadores que podrían también justificar la interrupción del embarazo. En tal sentido, el aborto por indicación "económico-social", en el derecho comparado se viene desarrollando un paulatino progreso a la adopción de esta indicación.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Ibídem. Págs. 226-227.

¹⁷⁶ Ibídem. Pág. 227.

¹⁷⁷ Ibídem. Pág. 228.

Sin embargo, esta indicación social no puede cubrir toda la etapa del embarazo, su permisión únicamente debe prolongarse hasta el tercer mes de gestación, y esta interrupción al no estar amenazada con pena, sería realizada por galenos especializados y con todas las providencias de seguridad médica, de tal modo que se disminuiría enormemente los riesgos para la vida y salud de la gestante. Para tal efecto debe sancionarse una Ley de Ayuda a la embarazada, tal como se ha hecho en Alemania, una ayuda asistencial, que representa un camino intermedio entre la represión absoluta y una holgada permisibilidad. Las indicaciones para abortar debe ir certificada por un médico, donde antes de adoptar esa decisión, debe brindarse un asesoramiento social destinado a generar en la mujer una responsabilidad individual, de modo, que sea ella finalmente quien tome la decisión más acertada conforme a una serie de variables.¹⁷⁸

En el ordenamiento comparado: “Nuestra legislación [se refiere al ordenamiento español] ha optado por el sistema de indicaciones. En consecuencia, no será punible el aborto cuando responda a una explicación a recogidas en el vigente 417 bis CP/1973: terapéutica, ética o criminológica y embriopática. Esto es, no será punible el aborto practicado por un médico siempre que se fe alguna de las siguientes circunstancias: primero que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; segundo que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación; tres que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las 22 primeras semanas de gestación (*Vid*, Extensamente, Díez Ripolles).¹⁷⁹

Nuestro código penal [se refiere al ordenamiento español] otorgar protección a la vida humana con anterioridad al nacimiento a través, esencialmente, de las modalidades típicas delito de aborto regulado en el título II de su libro II. Como es sabido por la ley orgánica 9/1985, del 5 de julio, se introdujo en el anterior código penal en el 417 bis, porque el ser despenalizar parcialmente la interrupción voluntaria del embarazo, no siendo punible el aborto consentido cuando responda a la constatación de una de las indicaciones (terapéutica, termina lógica o embriopática) que recoge el artículo citado. Con ello se relativiza correcta aunque insuficientemente, la protección penal de la vida humana información. Además, en esta misma línea, es importante destacar la menor penal del aborto no consentido con respecto al homicidio. Primera conclusión sería, pues, que la ley penal tutela con mayor intensidad la vida de la persona que la vida humana e información. Lo cual debe ser

¹⁷⁸ Ibídem. Pág. 229.

¹⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Volumen I. Editorial Aranzadi S.A. Quinta Edición. Pág. 90

interpretado, a mi juicio, como la consecuencia lógica de una distinta valoración del objeto jurídico correspondiente, bien por no ser el mismo bien jurídico, bien porque, aunque admitiéndose un concepto de la vida humana que abarque tanto a la de la persona como la en biológica y fetal, la identidad del interés protegido no impide una diversa valoración antes después del nacimiento.¹⁸⁰

4.- Consideraciones Problemáticas.

4.1.- Aborto Eugenésico.

Para Hurtado, resulta más convincente considerar que el objetivo es, sobre todo, proteger la libertad de la mujer que resultará gravemente hipotecada por los esfuerzos y privaciones que implica criar y mantener un hijo física o mentalmente anormal¹⁸¹. Con ello puede dar lugar una postura que concluya en una ausencia de motivos, en cuanto a la manutención de la incriminación, como se dijo, no se produce un real estado de inexigibilidad, si bien el aborto eugenésico forma parte del sistema de indicaciones, no por ello, el legislador determinó su despenalización. En la Exposición de Motivos del C.P. de 1991, se afirma en el acápite segundo (Innovaciones propuestas en la Parte Especial), lo siguiente: "También dentro del mismo título, el Código Penal prevé como delitos el aborto sentimental (o ético) y el eugenésico. De esta manera se protege el derecho a la vida del ser en formación, amparado constitucionalmente (art. 2 inc. 1), pues al que está por nacer se le considera nacido para todo cuanto le favorece". Se deja de mencionar, el libre desarrollo de la personalidad de la gestante. Con ello quiero sacar a relucir, si es que es importante preservar esta figura delictiva, que en realidad, sólo ejercer una función socio-pedagógica, pues en la práctica -hasta donde sabemos-, no se persigue penalmente esta clase de conducta, cuenta con una norma de sanción en suma benigna, que difícilmente podrá ser efectiva. Forma parte del denominado "Derecho penal simbólico", puede que en este caso sea necesario su penalización, a fin de dirigir el mensaje: de que la vida en formación, también es digna de tutela sea cual fuera su bio-descripción fisiológica. De todos modos, su redacción normativa, debe ser corregida, a fin de cautelar el principio de legalidad.¹⁸²

Si la gestante cuento con el dictamen médico, pero ella directamente provoca su aborto, habrá que Ver, si pueda concurrir la atenuante, pues se debe acreditar que el dolo abarcaba la finalidad de eliminar la vida de un feto con defectos físicos y/o psíquicos, por ende, la intervención médica ha de

¹⁸⁰ Ibídem. Pág. 91

¹⁸¹ HURTADO POZO, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 81. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 264.

¹⁸² PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 264.

procurar su verificación, siendo también necesaria al igual que la figura anterior¹⁸³. Los partícipes que se quieren ver beneficiados con la atenuación, deben haber interviniendo, sabiendo de la especial circunstancia en que se realiza el aborto.

La objeción más frecuente que se ha planteado a nivel doctrinal, a la indicación eugénica, argumenta que aunque subjetivamente pueda considerarse mal igual y aún mayor el nacimiento de un hijo enfermo que su muerte prematura en el seno materno, la falta de precisión de las teorías hereditarias sitúan tal evento en el campo de las eventualidades¹⁸⁴. En el caso del síndrome de Down, no puede llevar a un aborto eugenésico, la experiencia demuestra, que individuos que sufren de dicha anomalía, han podido desarrollar su personalidad a un nivel expectante, tanto en su formación educativa como laboral, coadyuvado por centros especializados, cuya dedicación permite que estas personas puedan alcanzar un estándar de vida digno. Sumado al cariño de los padres, cuestión fundamental, para salvar cualquier obstáculo que se les presenta en la vida.

Dos puntos de relevancia son los siguientes: primero, que quien realiza la práctica abortiva debe ser un médico calificado, basta con que posea un certificado médico, no es necesario que sea un especialista, eso sí que se realice en un centro médico autorizado por el MINSA. Segundo, se requiere de por lo menos dos dictámenes médicos, debidamente certificados y sustentados, en los cuales se haga alusión primero a la enfermedad que se supone padece del nasciturus, se gravedad y cuestión importante, la certeza del diagnóstico, por lo menos una alta probabilidad que el nasciturus haya de nacer con taras físicas o psicológicas; para tales efectos se debe realizar la ecografía correspondiente.¹⁸⁵

Como ya lo anotamos líneas arriba a manera de introducción por un lado advertimos que el Estado a través de su jurisdicción interna y externa (vía tratados) protege el derecho a la vida, pero por otro lado se puede argumentar que no se está dando una Efectiva Protección Del Bien Jurídico Vida Humana Dependiente en relación al delito de Aborto Eugenésico, utilizamos el término efectiva para poner en cuestionamiento que no es suficiente que el legislador haya regulado la prohibición de la práctica del Aborto Eugenésico.

¹⁸³ Así, HURTADO POZO, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 86. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 265.

¹⁸⁴ PEÑA CABRERA, R.; *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida...*, cit., p. 256. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 230.

¹⁸⁵ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 265.

Primero debemos trabajar unas líneas generales para luego abordar el plazo establecido por el legislador y la prescripción de la acción penal. Debemos anotar que la única clase de aborto que está permitida es el Aborto Terapéutico, las demás modalidades están proscritas por el legislador.

“El aborto terapéutico dejó de ser punible desde el código penal de 1924, careciendo de norma que establezca o desarrolle su pasión. Situación que favoreció el debate en interpretación del artículo 219 del código penal por parte de las beneficiarias, así como de los funcionarios a aplicarlo, confrontando posturas y derechos a reivindicar: derecho a la vida y la salud de la Madre frente a la vida del concebido.

Entonces, si la posibilidad del aborto terapéutico abre un espacio de discusión, el otro extremo donde toda la forma de aborto es punible como en El Salvador, garantizando irrestrictamente la vida del no nacido sobre la vida o la salud de la mujer, consideramos que tal hecho deviene en una forma de violencia institucional por la magnitud de la intromisión estatal en la capacidad de decisión de toda mujer, más allá de sus derechos reproductivos, incluso de su propia vida.

En tal sentido resulta oportuno mencionar los casos peruanos que han servido de aliciente para que los actores sociales demanden la expedición del protocolo de aborto terapéutico.

Son dos casos los casos que han llegado a esta instancia nacional [Naciones Unidas] contra el estado peruano: K. L. y L.C. En ambos mujeres menores de edad donde las autoridades peruanas, a pesar de no ser punible el aborto terapéutico, se negaron a aplicarlo.¹⁸⁶

... La existencia de un protocolo para la aplicación del aborto terapéutico busca constituir una excepción a la penalidad en sí del aborto, su objetivo es prevalecer la vida de la mujer frente una esperanza de vida, su salud a efectos de garantizar su existencia con dignidad, como autonomía e independencia, situación que se denegó a K. L. y L.C.

... Hay circunstancia en las que la privación de la vida *constituye un acto legítimo arreglado al derecho*, no sólo la pena de muerte sino también la legítima defensa, el aborto terapéutico y situaciones consideradas como eximentes de responsabilidad¹⁸⁷.

¹⁸⁶ FUERTES AMPUERO; Erika. *La necesaria expedición de la guía técnica nacional para la interrupción del embarazo por razones terapéuticas. Enfoque desde el derecho internacional de los derechos humanos*. En: TC Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 79. Julio 2014. Gaceta Jurídica. Pág. 217-218.

¹⁸⁷ MESÍA, Carlos. *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*. Fondo editorial del

Con la ejecución del protocolo terapéutico se protege la salud física y mental de la mujer entendido como unidad compleja. Su negación implica no comprender un intérprete restrictivamente el concepto de salud, porque obligará a una mujer a continuar con embarazo que puede ocasionar de secuelas físicas pero que además sabe no prosperará por las condiciones propias del feto u obligarla a anteponer la vida del feto ante su propia salud y su futura calidad de vida constituye una violación a su salud mental, así como la física.

El ordenamiento jurídico nacional sólo prevé la despenalización del aborto terapéutico, pero, de ser el caso, se amplíe a los supuestos eugenésico y sentimental, este último como el comité de pedal eliminación de la discriminación contra la mujer lo recomienda, no tendría por qué ser inconstitucional la norma.¹⁸⁸

Con relación al protocolo de aborto terapéutico: DUMET DELFÍN expone: “Hay mucho por decir, desde el punto de vista jurídico, como corresponde a este medio, sobre el protocolo del aborto terapéutico (PAT) tiene a nuestro entender problemas graves de constitucionalidad de fondo y de forma. Lo que hay en juego con este documento es tan importante y valioso - la vida y la dignidad- que establecer su regulación mediante una simple resolución ministerial sólo puede significar dos cosas: o se considera al niño por nacer - su vida- un asunto banal y de poca importancia; o, por esta vía se ha evadido mayores debates y consensos a nivel técnico y responsabilidades a nivel político, pues, de haberse optado por su aprobación mediante decreto supremo hubiere implicado la conformidad del gabinete ministerial y la firma del propio Presidente de la República.

En todo caso, de haber sido necesario un protocolo, debía haberse dejado la procedimental para una norma reglamentaria (decreto supremo) y lo sustancial - esto es la determinación de las entidades clínicas habilitado horas para revisar el aborto- a una ley, previo debate correspondiente. Se trata de límites específicos de un derecho fundamental -la vida- por lo que además de la razonabilidad y proporcionalidad exige como medio el de una ley emanada del congreso, como reiteradamente lo señalado nuestro Tribunal Constitucional.

Pero el PAT no se limita a fijar un listado o entidades clínicas habilitado horas

congreso de la república del Perú, lima, 2004, pág. 89. Citado por FUERTES AMPUERO; Erika. *La necesaria expedición de la guía técnica nacional para la interrupción del embarazo por razones terapéuticas. Enfoque desde el derecho internacional de los derechos humanos*. En: TC Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 79. Julio 2014. Gaceta Jurídica. Pág. 221.

¹⁸⁸ FUERTES AMPUERO; Erika. Ob. Cit. Pág. 221.

del aborto, sino que ha incluido una cláusula General que, en los hechos, y si nos atenemos a lo que sistemáticamente ha ocurrido otros países, significarán el “cajón de sastre” al que se apelará para dar cobertura a prácticas abortivas ilegales.

El numeral 6.1.11 del PAT establece como entidad clínica de la gestante, en la que amerita evaluar la interrupción terapéutica del embarazo" cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la junta médica. Entonces, lo que pretendía presentarse como una lista cerrada, producto de lo "consensuado por sociedades médicas del Perú", no resulta tal. Es más, nunca hubo tal consenso.

Para sustentar este consenso, el PAT nos remite a la publicación del “taller de sociedades médicas para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico”. Sin embargo, tal supuesto es falaz ¿podemos hablar de consenso respecto de un taller realizado hace nueve años, en un solo día, donde participaron 31 médicos, de los cuales 20 representaban a la sociedad peruana de obstetricia y ginecología (entidad organizadora del evento junto con Promsex, ambas conocidas por su activa militancia a favor del aborto un cualquiera de sus formas)?

De otro lado, al poco de aprobarse el PAT, ya somos testigos actualmente de como diversas entidades médicas a nivel nacional -incluir colegio médico del Perú-, han rechazado su contenido al considerarlo atentatorio de la vida del niño por nacer y contrario a los preceptos éticos quedó rigen profesionalmente¹⁸⁹.

En sentido a la posición contraria: “Los detractores del denominado protocolo de aborto terapéutico lo consideran inmoral, inconstitucional e ilegal. Se basan en estipulado en el artículo uno de la constitución política del estado que plantea que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad del estado”; así como al artículo 2.1 de nuestra carta magna, que reconoce que toda persona tiene derecho a la vida y que el “concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto lo favorece”. Como vemos, esta posición, sólo en consideración la vida del producto de la gestación, más no la vida ni la salud de la gestante. Asimismo, no se reconoce que el vigente código penal, sanciona todos los tipos de aborto, con excepción de terapéutico. La única figura del aborto impune que el legislador ha previsto en nuestro sistema jurídico penal, se encuentra regulado en el tipo penal del artículo 119 del código penal de la siguiente

¹⁸⁹ DUMET DELFÍN; David Miguel. *Protocolo del aborto terapéutico: ¿Reivindicación de derechos o licencia para matar?* TC Gaceta constitucional & Procesal constitucional. Tomo 79. Julio 2014. Gaceta jurídica. Págs. 223-224.

manera: “no es punible del aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

Como vemos, en el aborto terapéutico existe un conflicto de intereses entre la vida y la salud de la gestante y la vida del embrión o feto. Sin embargo, la ley penal tiene consideración la vida según el grado de desarrollo, es decir que la mujer embarazada es considerada como ser humano completo mientras que el feto es nada más un ser concebido que empieza su vida humana¹⁹⁰. En este sentido, Fernández Sessarego señala que “el *nasciturus* no es aún persona natural ya sea que no se ha producido el hecho determinante del nacimiento, sin que por ello deje de ser vida humana¹⁹¹. El legislador ha optado por dar preferencia a la vida y salud de la gestante, cuyo fallecimiento constituiría un mal de mayor entidad. El tribunal constitucional español se ha manifestado al respecto la siguiente manera: “se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la Madre y la protección de la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida de no nacido que la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida (...); Por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la Madre.¹⁹²

El aborto terapéutico cuenta con plena validez constitucional, pues se trata de una medida legítima que salvaguarda derechos fundamentales como la vida salud de la Madre. El legislador, al regular dicha modalidad de aborto¹⁹³, ha ponderado los derechos a la vida y a la salud de la Madre frente al derecho a la vida del concebido, para concluir que siempre que el aborto sea “el único medio” para garantizar la vida de la Madre o un daño su salud “grave y permanente” y me di consentimiento, “un médico” podrá practicar la interrupción del embarazo sin que dicha conducta pueda ser sancionada penalmente. Al favorecer se la vida y/o la salud de la Madre también se ven garantizados otros derechos fundamentales como es el caso es integridad y

¹⁹⁰ MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *Código penal exegético*. San Marcos, lima, 2003, pág. 338. Citado por PÉREZ LÓPEZ; Jorge A. *La validez constitucional del aborto terapéutico*. TC Gaceta constitucional & Procesal constitucional. Tomo 80 / Agosto 2014. Pág. 230.

¹⁹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las personas*. 9A edición, Grijley. Lima, 2004, pág. 33. Citado por PÉREZ LÓPEZ; Jorge A. *La validez constitucional del aborto terapéutico*. TC Gaceta constitucional & Procesal constitucional. Tomo 80 / Agosto 2014. Pág. 230.

¹⁹² Sentencia de fecha 11 de abril de 1985, punto 11 de sus fundamentos jurídicos. Citado por PÉREZ LÓPEZ; Jorge A. *La validez constitucional del aborto terapéutico*. TC Gaceta constitucional & Procesal constitucional. Tomo 80 / Agosto 2014. Págs. 230-231.

¹⁹³ La expresión aborto “deriva etimológicamente el término latino ‘abortus’, formado por dos raíces ab (privar a) y ortus (nacimientos)”. Véase: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 3Era edición, Huallaga, Lima, 2001, pp. 128. Citado por PÉREZ LÓPEZ; Jorge A. *La validez constitucional del aborto terapéutico*. TC Gaceta constitucional & Procesal constitucional. Tomo 80 / Agosto 2014. Pág. 231.

seguridad personales.¹⁹⁴”

Para describir las consideraciones problemáticas del presente trabajo, debemos citar lo expuesto en el Artículo 120° del Código Penal Peruano.

4.2.- Aborto sentimental y eugenésico.

Artículo 120.- El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de **tres meses**: (Resaltados Nuestros)

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

De la redacción del texto legal, se concluye que **sujeto activo** puede ser tanto la Madre o un tercero que practique el aborto a la mujer con el consentimiento de esta con el consentimiento de esta; la calidad de autor o coautor dependerá del dominio del hecho que tenga sujetos sobre el resultado del verbo rector, así como también del aporte con que contribuya - sin que se domine el hecho- sí es indispensable o subsidiario, esto para la catalogación del cómplice primario o secundario del delito. El sujeto pasivo es el nasciturus o concebido.¹⁹⁵

Sujeto Pasivo: “Si el delito de aborto tutela la vida en proceso de formación, sujeto pasivo ha de ser el titular de dicha vida, esto es, el *nasciturus*¹⁹⁶, inferencia que se desprende también del reconocimiento constitucional de aquél que se erige como valor fundamental. Cuestión distinta es que éste, por cuestiones orgánicas y/o fisiológicas, se encuentre en el vientre de su madre, no porque ella es portadora del fruto de la concepción, se le puede estimar sujeto pasivo¹⁹⁷. De hecho, será ella la primera ofendida, cuando se produce la conducta criminal, pero he de verse que a veces ella será la causante, tal como se desprende del artículo 114° del C.P. Nada ha de objetar lo dicho, la situación de imposibilidad de que el nasciturus no puede ejercer directamente la acción penal, claro si está muerto ello es materialmente imposible.

¹⁹⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel B. *Validez constitucional del aborto terapéutico en el ordenamiento jurídico peruano*. Promsex, lima, 2008, pág. 21. Citado por PÉREZ LÓPEZ; Jorge A. *La validez constitucional del aborto terapéutico*. TC Gaceta constitucional & Procesal constitucional. Tomo 80 / Agosto 2014. Pág. 231.

¹⁹⁵ CHIRINOS SOTO; Francisco. Ob. Cit. Págs. 462-463.

¹⁹⁶ Así, GONZÁLES RUS, J.J.; *El aborto. Lesiones al feto*, cit., p. 115. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 232.

¹⁹⁷ De la forma contraria, BUSTOS RAMIREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 57. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 232.

Tampoco será el Estado ni la comunidad, el primero porque a éste no le incumbe la vida pre-natal de forma directa, sólo está obligado a proteger dicho interés jurídico, al igual que el resto que se glosa en los primeros artículos del C.P. La sociedad, tampoco, porque la vida en formación recalca en un ámbito personalista del individuo, no trasciende la individualidad, para poder adquirir naturaleza colectiva.¹⁹⁸

Si entendemos que bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida humana dependiente, es decir la vida del concebido, el sujeto pasivo del delito de aborto será el propio concebido, en cuanto portador del bien jurídico lesionado; sin embargo, comparecerán, actores civiles en el proceso quienes hayan tenido legítimo interés en la continuación del embarazo y el nacimiento final del producto de la concepción¹⁹⁹.

Con relación a las taras graves o psíquicas: “La tara a que hace referencia nuestro normativa debe ser física, por ejemplo ausencia de extremidades inferiores o superiores; o psíquica, como esquizofrenia, síndrome de Down grave; esto es, debe tratarse de una lesión orgánica o trastorno funcional, que evidencia una enfermedad constitucional y hereditaria²⁰⁰ sin embargo es menester extender el significado de este término para comprender no sólo las tareas hereditarias, sino también a los trastornos fisiológicos o psíquicos provocados por influencias externas durante el embarazo, por ejemplo el consumo de medicamentos como la talidominia, drogas, alcohol, tabaco, cocaína, exposición a radiaciones etc²⁰¹.

La expresión impropia de “*conllevar al nacimiento*” debe ser interpretada en el sentido de que el nacido puede ser portador genético del enfermedad grave desde el nacimiento, aunque ésta pueda manifestarse posteriormente²⁰². Al respecto Romeo Casabona también nos indica convincentemente que: “la indicación también existe cuando las taras se manifiesten de forma activa después del nacimiento, siempre que en este caso se asegure producción y

¹⁹⁸ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 232.

¹⁹⁹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 573.

²⁰⁰ HURTADO POZO: Ob. cit. Pág. 89. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 638.

²⁰¹ HURTADO POZO: Ob. cit. Pág. 89. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 648.

²⁰² FEIJOO SÁNCHEZ: Ob. cit. Pág. 138. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 649.

determinación (diagnóstico predictivo, en la llamada medicina predictiva), pues significa este pronóstico que el feto exportador genético yates de nacimiento, de los factores causantes de la enfermedad grave que exige el CP.²⁰³

Para los efectos de nuestro supuesto punitivo resulte irrelevante determinar la causa de la disfunción, así como el tiempo de su parición, es decir si se presenta desde la fecundación o en fases avanzadas de la gestación²⁰⁴.

Gravedad.

La gravedad de las taras ha de entenderse en el sentido de su perdurabilidad e importancia, así como en el grado de reparabilidad. De este modo, si fueran fácilmente eliminables, aunque fuesen de gran entidad, no estaremos ante esta atenuante.²⁰⁵ No debe tratarse de disfunciones de menor entidad que pudieran ser eliminadas mediante alguna intervención (labio leporino), o mediante algún tratamiento pre o postnatal.²⁰⁶

Probabilidad.

La norma sólo exige que el diagnóstico de que el feto porte taras físicas o psíquicas graves, debe tener un carácter probable; sin embargo, este pronóstico debe estar basado en consideraciones científicas, razonables y, por ende, racionales.

Diagnóstico médico.

Nuestra norma exige que el diagnóstico se ha efectuado por un profesional médico, el mismo que debe ser emitido antes que la mujer se somete a la práctica abortiva. Con exigencia de este requisito se busca afianzar las garantías sobre la realidad del atenuante y conseguir de este modo una

²⁰³ Ob. cit. p. 198. En contra BAJO FERNÁNDEZ, para quien la tara física o psíquica debería aparecer en el momento del nacimiento. Se excluye de la aplicación de centeno ante los abortos practicados en virtud de un pronóstico de tara física o psíquica con posterioridad al nacimiento; serrano Gómez: ob. cit. Pág. 95: "las taras físicas o psíquicas detectadas con anterioridad parto, se habrían de manifestar con el nacimiento; no sería amparadas las que pudieran sobrevenir con posterioridad". Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 649.

²⁰⁴ CASTILLO ALVA: Ob. cit. Pág. 252. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 649.

²⁰⁵ ROMEO CASABONA: Ob. cit. Pág. 198. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 649.

²⁰⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 648-649.

mayor protección de la vida del *nasciturus*²⁰⁷.

Este diagnóstico, como es evidente, debe precisar que el feto es portador de una tara física o psíquica, a su carácter grave desde el punto de vista México, y las circunstancias en las que se va a manifestar, durante o después del nacimiento.

Si el médico emitió un diagnóstico falso respecto la concurrencia de las malformaciones, es responsable penalmente por falsedad, en concurso real con el delito de aborto no consentido, de acuerdo las circunstancias del caso; también puede incurrir en falsedad cuando determina que el embrión o feto no presenta taras físicas y psicológicas cuando y si las tiene.²⁰⁸

Nosotros vamos a trabajar sólo con el inciso dos del artículo ciento veinte del código penal, el cual versa sobre el Aborto Eugenésico sin perjuicio de lo anotado el plazo de la pena privativa de la libertad no mayor de tres meses y su problemática por el plazo irrisorio *mutatis mutandis* pueden ser trasladadas al delito de Aborto Sentimental, por cuanto la potencial pena privativa de la libertad a imponerse es igual para ambos delitos, no está demás advertir que el Aborto Sentimental, a nuestra opinión merecería un tratamiento distinto.

Con respecto a la pena irrisoria de tres meses: “Aparentemente, el criterio de nuestro legislador para situar al aborto sentimental y eugenésico como conductas atenuadas, radicaría en la poca o escasa reprochabilidad de la acción. Asimismo, adoptó el sistema de indicaciones de una manera encubierta, de que no solo sería impune el aborto terapéutico sino, por obra de la prescripción, también lo serían el aborto sentimental y el eugenésico.”²⁰⁹

Recurriendo al derecho comparado tenemos: “En América latina, la corte constitucional de Colombia ha dejado claramente establecido que “no se incurre en el delito de aborto cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (I) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (II) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (III) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o

²⁰⁷ ROMEO CASABONA: *Ob. cit.* Pág. 199. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 650.

²⁰⁸ Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 650-651.

²⁰⁹ *Ibídem.* Págs. 460-461.

de incesto” (C- 355/06 de 10 de Mayo de 2006).

El mecanismo utilizado por el estado peruano para controlar el problema del aborto es básicamente la represión penal, sólo es permitido el aborto terapéutico.”²¹⁰

[Con relación a nuestro país] Efectivamente, no obstante el existencia del aborto terapéutico es de antigua data en nuestro país, y cuyo contexto de decisión se encuentra ubicado en el sector de la medicina, el de Usera parece que el estado nunca se preocupó por expedir algún tipo de norma, que permitiese establecer las condiciones y criterios límites de calificación de un aborto como terapéutico. Como correlato de esta indefinición normativa, la actuación médica quedó en la más completa indefensión y supeditada solo a la *Lex artis*, de tal manera que la decisión de optar por el aborto por indicación terapéutica se fundamentaba de manera disímil, y a veces contradictorias, en la sola experiencia y la práctica médica repetitiva, que trajo serias consecuencias, ya que en muchas oportunidades encubrían formas abortivas basadas en consideraciones eugenésicas, como si se tratara de consideraciones clínicas, no siendo ello el espíritu de la ley permisiva.²¹¹

4.3.- Jurisprudencia y Doctrina.

Fundamento: SERRANO GÓMEZ, A. [2004]. Derecho Penal / Parte Especial. 9ª ed. Dykinson. Madrid, pp. 95 y 96. “Estamos ante un aborto eugenésico cuando se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas. No es precisa la certeza, sino que es suficiente con la presunción que no ha de entenderse como simple posibilidad, sino como alta probabilidad de que el feto nacerá con graves taras físicas y psíquicas”.

Fundamento (comentario): SALAZAR SÁNCHEZ, N. “La no exigibilidad de comportamientos heroicos que en cambio si podían ser premiados, fundamenta esta atenuación consistente en el conflicto que entre una maternidad no querida por las grandes complicaciones y sufrimientos que supondrá la crianza del futuro ser y la protección de esa esperanza de vida precaria que se resuelve a favor de la evitación del primer mal si concurren los restantes requisitos”.

Importancia del dictamen médico: MUÑOZ CONDE, F. [1999]. Derecho penal / Parte Especial. 12ª ed. Tirant lo Blanch Valencia, p. 95. “En el aborto eugenésico, el dictamen médico es fundamental, hasta el punto de exigirse que sea emitido por dos especialistas de centro acreditado al efecto. [...]. El dictamen, obviamente, se basará en criterios de probabilidad que deben

²¹⁰ HUGO VIZCARDO; Silfredo. ARENAS ACOSTA; Juana Flor. Ob. Cit. Pág. 305.

²¹¹ Ibídem. Pág. 306.

valorarse de acuerdo con criterios médicos. Debe, de todos modos, concederse un margen de error, siempre que no sea un error burdo o no demuestre impericia. El error de los especialistas sobre los presupuestos fácticos de esta indicación debe estimarse comprendido como error de prohibición [...]

JURISPRUDENCIA.

Sumario: Conceptualización del aborto sentimental.

Conceptualización del aborto sentimental:

"Basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las *consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible: la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser; vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos*". [1985/53 TC; pleno 11 DE ABRIL DE 1985. ESPAÑA].²¹²

Acreditación del embarazo y que su interrupción.

"Para la configuración de este ilícito penal se requiere acreditar en forma indubitable no solo el estado de preñeces preexistente a los hechos, sino que éste se hubiera interrumpido abruptamente con muerte del feto por maniobras atribuibles a los procesados; expuestos a si los hechos, en el presente caso, resulta imprescindible que el a quo efectúe un debate pericial entre los médicos que suscribe los peritajes, diligencia la cual los galenos deberán esclarecer se alude las pruebas practicadas se puede concluir la práctica de maniobras abortivas" (ejecutoria superior de la sala penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la corte superior de justicia de lima del 27 de noviembre de 1997, Exp. N° 4241-97. La rosa Gómez de la torre, Miguel, jurisprudencia del proceso sumario, Grijley, lima, 1999, pág. 20)²¹³

4.4.- Derecho a la Vida.

A.- El derecho a la vida y su protección penal.

²¹² URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal*. Tomo I, Idemsa. Primera Edición. Lima Abril 2010. Pág. 376.

²¹³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Código penal. Dos décadas de jurisprudencia*. Tomo II. Ara Editores. 2012. Pág. 122.

El derecho a la vida tiene dos dimensiones o dos formas de expresarse. Una **dimensión formal o existencial**, que es entendido como el derecho a la propia esencia ser humano (no de las personas jurídicas y de otros colectivos organizados), pues el objeto de ese derecho se refiere a la preservación de la vida misma, desde su nacimiento hasta su fin. En tal sentido, cuando se reclama el derecho a la vida, en sentido estricto, se está exigiendo que esta vida continúe, que se mantenga o que se generen las condiciones necesarias que haga factible su continuación, y en último extremo, que se respete y proteja en caso de ser necesario²¹⁴; Sin embargo, este derecho no se reduce a la mera existencia, si fuera así se reduciría un mero derecho a la sobrevivencia o derecho a la asistencia en cualquier condición, por dramática que esta sea (piénsese en el enfermo que sufrió parece a consecuencia de la enfermedad terminal incurable). En realidad, el derecho a la vida se encuentra tamizado por una dimensión sustancial o materiales, que significa que este derecho también supone la facultad de poder realizar un proyecto existencial o vital en condiciones dignas. En tal sentido, vida no sólo es existencia, si no existencia en dignidad²¹⁵.

Bajo este contexto, atendiendo a que el derecho a la vida aparece constitucionalmente configurado como un derecho fundamental, su función de garantía frente al estado resulta inaceptable. Desde esta perspectiva, corresponde al estado tres tipos de deberes respecto a la vida: I) el deber de respetar la vida humana, prescribiendo los ataques que provengan del mismo estado; II) el deber de proteger la vida humana frente los ataques homicidas procedente de particulares, en esa medida el poder legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un estado constitucional de derecho (social y democrático de derecho), es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de las personas²¹⁶ y, III)

²¹⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1994, pág. 27. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 291.

²¹⁵ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 291.

²¹⁶ Aunque debe precisarse que las disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole, desde que ya es de carácter prestación alias esencial hasta disposiciones penales que tipifique en las conductas que atenten contra la vida de las personas, se trata de una vinculación en dos sentidos, uno de naturaleza positiva cabida congreso de la república adoptar medidas que protejan la vida, otro de carácter negativo en cuanto a la vida, como bien de relevancia constitucional, se convierte en un límite a la *potestas* de configuración del legislador, al cual está vedado adoptar medidas que vulneren este derecho axiológico del Estado. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista

el deber de garantizar las condiciones para que no se produzcan violaciones contra dicho derecho. Sobre esto último la corte interamericana ha señalado en la sentencia de fecha 5 de julio del 2004 (causa número diecinueve, comerciantes versus Colombia fundamento 135):

*“...que el derecho a la vida juega papel fundamental en la convención americana por el corolario esencial para la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. **Los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requiera para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.** El cumplimiento del artículo cuatro, relacionado con el artículo 1.1 punto de la convención americana no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno en el ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. **Esta protección activa del derecho a la vida por parte del estado sólo involucra sus legisladores, si no acto de institución estatal ya quienes deben resguardar la seguridad, sean estas fuerzas de policía o sus fuerzas armadas.** En razón de lo anterior, los estados deben tomar las medidas necesarias no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también prevenir las excursiones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad.”*

Siendo esto así, el estado tiene **la condición de garante** con respecto al derecho a la vida y los demás derechos tutelados por la constitución y tratados conforme lo prevé el artículo 44 de la constitución política. En tal condición se encuentra obligado prevenir cualquier situación que pudiera conllevar os afectación, sea por acción u por omisión. Bajo esta misma perspectiva, nuestro tribunal constitucional ha señalado que el respeto del derecho a la vida y las garantías para su libre ejercicio, es una responsabilidad que compete al estado²¹⁷.

Debe puntualizarse además, que si bien nuestra constitución reconoce expresamente el derecho a la vida de **las personas** (Art. 2 Inc. 1) ello no quiere decir que la vida latente en el nasciturus carezca de protección constitucional, ya que si el valor esencial protegido por nuestro ordenamiento jurídico es la vida humana, necesariamente debe colegirse que, en donde

Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 293.

²¹⁷ Exp. N° 2488-2002-HC/TC; en la sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC, el TC estableció que la vida, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del estado, en ese sentido, el estado no solo debe respetar la vida sino además garantizarla. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 294.

exista vida, debe existir el amparo constitucional en consecuencia, la constitución no sólo protege el producto de la concepción a partir del nacimiento -momento que determina su condición de persona-, **sino el proceso mismo de la vida humana**, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona en el feto, y adquiere individualidad y con el nacimiento²¹⁸. Este criterio también está contenido en los documentos internacionales ratificados por el Perú, que reconocen el derecho a la vida desde la concepción, tales son la convención sobre los derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la convención americana de derechos humanos, que hacen referencia a la protección del niño, tanto antes como después del nacimiento. Igual modo, nuestro código de los niños y adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337, garantiza la vida del niño y el adolescente desde el momento de la concepción, protegiendo los experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad de su desarrollo físico o mental (artículo uno). Siendo esto así, queda claro que tanto la normativa internacional, la nacional, protegen a la vida desde **la concepción**²¹⁹.

En nuestro medio, el Tribunal Constitucional, ha expuesto que “... *la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con la cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpir su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implementación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, más no constituye su inicio...*”²²⁰; con lo que asume que la protección de la vida humana se inicia con la concepción, independientemente de la mediación posterior. Sin embargo, no precisado propiamente en qué momento del proceso, considera que se produce dicha concepción; y más aún, no determinado si partir de la concepción se inicia la **protección penal** o simplemente la protección del ordenamiento jurídico en General; y peor todavía, con posterioridad a este

²¹⁸ En ese sentido el Tribunal Constitucional español en su sentencia N° 53/1985 del 11 de abril de 1985... Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 296.

²¹⁹ En el caso: anticonceptivo oral de emergencia (Exp. N° 02005-2009-PA/TC), nuestro Tribunal Constitucional ha señalado también, de manera categórica, que la vida es protegida desde la concepción (ver FJ. 9). Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 296-297.

²²⁰ Exp. N° 2005-2009-PA/TC, caso: anticonceptivo oral de emergencia (fundamento jurídico 38). Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 314.

pronunciamiento ha esbozado otros criterios que difieren del anterior pronunciamiento.²²¹

En tal sentido, para la protección penal, la vida humana se considera desde **la anidación del cigoto en el claustro materno**. De asumirse la teoría de la fecundación o de la concepción para la determinación de la protección penal de la vida humana, todos los casos de destrucción o eliminación de los embriones artificiales, calificarían o serían subsumibles en el delito de aborto.²²²

Vida humana dependiente.

En esta fase, la vida se caracteriza por su dependencia biológica y física del embrión o feto respecto de la Madre, se extiende durante el periodo del embarazo²²³. Para efectos del derecho penal, se considera que estamos ante una vida humana dependiente, desde el momento en que se producen **anidación del huevo** cigoto en la pared uterina de la Madre -endometrio- (dejando a salvo la protección jurídico penal de embriones artificialmente fecundados, sujetos a la ley 27626), **hasta el momento del parto**.

La vida humana durante el embarazo, aún no ha logrado su total maduración o formación, de tal suerte que todavía no puede subsistir sin la dependencia biológica de la Madre. Esta vida humana en formación tiene una valoración distinta por parte del derecho penal; pues que, la afectación de la misma, genera menor reproche penal que la afectación de la vida independiente, puesto que en este último caso, la vida humana adquiere la calidad de persona y con ello resulta portadora de los derechos fundamentales que se le reconoce como tal en el artículo dos numeral uno de la constitución política del estado y los demás convenios internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, también se toman en cuenta otros criterios para fundamentar la mayor valoración de la vida humana independiente respecto a la dependiente, así por ejemplo, Romeo Casabona²²⁴ sostiene que, es la

²²¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 314.

²²² Ibídem. Pág. 317.

²²³ Al respecto QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Bosch. Barcelona, 1996, pp. 7. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 322.

²²⁴ "...la vida humana autónoma, fuera del claustro materno, que comporta una situación de gran trascendencia axiológicamente: permite ya la intervención directa de terceros para revisar acciones salvadoras de esa vida sin intervención de la Madre y supone el paso de la vida agregada en sociedad, con la lógica de limitaciones que hicieran corrigiendo con el paso de los años. Estas características son las que explican la diferente valoración o normativa del delito de homicidio y del aborto, reflejada en que la pena de aquél es mucho más elevada que la establecida para este y es también lo que ayuda a identificar el fin de la norma respectivamente". ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* Pág. 13. Citado por

inserción de la vida humana independiente en el seno de la sociedad la que fundamenta esta distinta valoración²²⁵. Y aun cuando este autor negar que el hecho de haber adquirido la calidad de persona tenga alguna incidencia en la distinta valoración de la vida, la inserción en la sociedad se realiza precisamente a partir de la asunción de la calidad de persona.²²⁶

En nuestro ordenamiento, el legislador en el artículo 110° del código penal -al regular el delito de infanticidio- ha zanjado normativamente la discusión, al haber introducido la frase: "*durante el parto*"; con lo que establece que la vida humana independiente se inicia en este momento. Sin embargo, a pesar de esta precisión, no existe consenso en la doctrina nacional respecto como debe entenderse la expresión "*durante el parto*" contenida en el citado artículo. Al respecto, existen diversas posiciones:

A) Proceso que comienza con las contracciones del útero, las que involuntarias y rítmicas al inicio, se hacen más vigorosas, insistentes infrecuentes hasta la expulsión del nuevo ser²²⁷.

B) El inicio del expulsión del feto, desde el instante en que ha nacido (abandono total del vientre materno, aun cuando subsiste el cordón umbilical, inclusive en desde que está naciendo (emergiendo al mundo extrauterino)²²⁸

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 322.

²²⁵ Este criterio también he sostenido por GRACIA MARTÍN: "*Delitos contra los derechos fundamentales*". Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 32. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 323.

²²⁶ HURTADO POZO: *Ob. Cit.* Pág. 15 refiere que la vida no es un fenómeno estático al que se le puede atribuir un mando único e invariable, por el contrario las diferentes etapas de su evolución comporta modificaciones sustanciales que condicionan la valoración social y jurídica; el cambio radical de esta valoración está determinada por el nacimiento, situación que justifica la mayor severidad con el que se castiga al homicida que el responsable de un aborto. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 322-323.

²²⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, refiere que el objeto de protección del delito de homicidio (vida humana independiente), se produce con la dilatación caracterizada "por los primeros dolores del asentamiento del cuello uterino". "*Delitos de homicidio*". Gios, lima, 1991, pág. 38; en el mismo sentido HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte especial.* Ediciones juris, lima, 1994, pág. 7. PEÑA CABRERA: *ob. cit.* Pág. 81; SALINAS SICCHA. *ob. cit.* pp. 121-122; VILLA STEIN, *ob. cit.* Pág. 116; CASTILLO ALVA, José Luis: *ob. cit.* Pág. 36; VÁZQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: *Protección jurídico penal de la vida humana independiente: el límite mínimo.* En revista peruana de doctrina y jurisprudencia. Grijley, lima, 2003, número 4. Pág. 497. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 324-325.

²²⁸ ROY FREYRE: *Derecho Penal Peruano*, Tomo I. Lima: Editorial y distribuidora de libros, 1986, pp. 70; HUGO VIZCARDO: *Ob. Cit.* pp. 41-46. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás

C) El límite mínimo de la vida humana e independiente, está determinado por la percepción visual, entendiéndose por tal, la posibilidad de apreciar en la fase de expulsión del feto una vez que comienza a salir del claustro materno²²⁹.

Nosotros asumimos la primera posición según la cual el límite mínimo del objeto material y en los delitos contra la vida humana independiente comienza desde las contracciones del útero que han de conducir al expulsión del concebido, y en los casos de intervención quirúrgica (cesárea) en el instante en que se efectúa la incisión en la embarazada a fin de extraer al concebido.²³⁰

Como ya lo anotamos líneas arriba expusimos que el Estado y los pactos internacionales protegen el derecho a la vida, la doctrina expone al respecto: “Debe puntualizarse además, que si bien nuestra Constitución reconoce expresamente el derecho a la vida de las personas (Art. 2° inc.1) ello no quiere decir que la vida latente en el nasciturus carezca de protección constitucional, ya que si el valor esencial protegido por nuestro ordenamiento jurídico es la vida humana, necesariamente debe colegirse que, en donde exista vida debe existir el amparo constitucional. En consecuencia, la Constitución no sólo protege el producto de la concepción a partir del nacimiento -momento que determina su condición de persona-, **sino el proceso mismo de la vida humana**, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona en el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento. [En este sentido el Tribunal Constitucional Español en su sentencia N° 53/1985 del 11 de abril de 1985] Este criterio está contenido en los documentos internacionales ratificados por el Perú, que reconocen el derecho a la vida desde la concepción, tales son la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos, que hacen referencia a la protección del niño, tanto antes como después de su nacimiento. De igual modo, nuestro Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley N° 27337, garantiza la vida del niño y el adolescente desde

Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 325.

²²⁹ BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* Pág. 40. Quienes consideran más acertado el criterio de la precisión visual, entendiéndose por tal, la posibilidad de apreciar en la fase de expulsión del feto, una vez que comienza salir del claustro materno. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 325.

²³⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 324-325.

el momento de la concepción, protegiéndolos de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental (Art. 1º). Siendo esto así, queda claro que tanto la normativa internacional como la nacional, protegen a la vida desde **la concepción**²³¹.

“Si bien resultaría una tarea imposible describir y analizar cada uno de los derechos humanos de los cuales somos titulares, sí creemos útil y necesario desarrollar aquellos derechos que puedan resultar de mayor interés para nuestros magistrados, sea por su carácter inderogable en toda situación o circunstancia (estados de excepción) o por la mayor frecuencia de su transgresión. Con esto, no queremos establecer una prioridad ni menos una jerarquía de los mismos, pues somos partícipes del criterio de que todos ellos deben ser entendidos como una unidad. Simplemente, creemos que la formación de un magistrado requiere conocer en detalle los derechos más invocados.

Debemos recordar, una vez más, que los tribunales nacionales constituyen normalmente el primer recurso del individuo contra la violación de los derechos humanos. En esa lógica, resulta fundamental tomar conocimiento de aquellos derechos que en el Perú y, en general en América Latina, suelen ser más invocados por los recurrentes”²³².

4.4.1.- Derecho a la Vida - Base normativa.

Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Art. 4 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Art. 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Art. 4 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Art. 1 y 2 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio

Art. 2 y 11 de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas

Art. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño

Art. 2 (1) de la Constitución Política del Perú de 1993

Art. 25 del Código Procesal Constitucional de 2004

Análisis doctrinario y jurisprudencial.

²³¹ En el caso: Anticonceptivo Oral de Emergencia (Exp. N° 02005-2009-PA/TC), nuestro Tribunal Constitucional ha señalado también, de manera categórica que la vida es protegida desde la concepción (ver Fj.19). Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 297.

²³² NOVAK, Fabián. NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Manual para Magistrados y Auxiliares de justicia. Academia De La Magistratura. Primera Edición. Lima, Perú, Noviembre de 2004. Pág. 147.

El derecho a la vida es el derecho humano más básico y fundamental²³³, es el punto de partida de la defensa de todos los demás derechos inalienables del ser humano, sin cuya existencia no es posible ejercer ningún otro derecho²³⁴. Así lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), cuando indica que: *El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra.*²³⁵

Con relación al inicio de la vida desde la concepción: “El tratamiento jurídico del problema del aborto ha tenido a nivel mundial transformaciones profundas. Esto ha sido posible merced al cambio operado en el modo de percibir la interrupción de embarazos no deseados. En algunos países, de ser considerado un hecho criminal ha pasado a ser reconocido como un problema que requiere el planteamiento de políticas sociales y sanitarias, y no hubo exclusivas de políticas penales represivas. Durante mucho tiempo primo en muchas legislaciones penales (principalmente de los países cuya religión predominante es la católica) la postura asumida por la iglesia católica a partir de la encíclica *Apostolicae Sedis de Pío IX*, publicada en 1869, en la que se sostiene que la vida se inicia en la concepción, y se califica todo

²³³ Toda persona goza de sus derechos humanos desde el momento de la concepción. como lo señala el artículo 4 de la Convención Americana, consagrándose de esta manera la proscripción del aborto. CÁRDENAS, Fernando y Mauricio ROMÁN. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1985, p. 66. Citado por NOVAK, Fabián. NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Manual para Magistrados y Auxiliares de justicia. Academia De La Magistratura. Primera Edición. Lima, Perú, Noviembre de 2004. Pág. 148.

²³⁴ *Ibidem*. VASAK, Karel (editor). *Ensayos sobre Derechos Humanos. Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Vol. I. Lima: CAJ. 1984. p. 227: Véase GROS ESPIELL. Héctor. *Derechos Humanos*. Lima: Cultural Cuzco, 1991. pp. 297-298. Citado por NOVAK, Fabián. NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Manual para Magistrados y Auxiliares de justicia. Academia De La Magistratura. Primera Edición. Lima, Perú, Noviembre de 2004. Pág. 148.

²³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63, párr.144. Citado por NOVAK, Fabián. NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Manual para Magistrados y Auxiliares de justicia. Academia De La Magistratura. Primera Edición. Lima, Perú, Noviembre de 2004. Pág. 148.

aborto como pecado grave susceptible de punición.²³⁶

Este derecho [a la vida] ha sido consagrado en diversos documentos internacionales de los que nuestro país forma parte, por lo que su interpretación debe efectuarse de conformidad con dichos tratados y acuerdos internacionales, conforme lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución. Así, se observa que este derecho se encuentra consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos²³⁷ y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²³⁸ de una manera simple e idéntica; mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³⁹ y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴⁰, además de consagrar el derecho a la vida de manera pormenorizada, establecen una garantía genérica: **“la prohibición de privar arbitrariamente de la vida de un ser humano”**.²⁴¹

Bajo este contexto, atendiendo a que el derecho a la vida aparece constitucionalmente configurado como un derecho fundamental, su función de garantía frente al Estado resulta inobjetable. Desde esta perspectiva, corresponde al Estado tres tipos de deberes respecto a la vida: i) El deber de respetar la vida humana, proscribiendo los ataques que provengan del mismo Estado; ii) El deber de proteger la vida humana frente a los ataques homicidas procedentes de particulares, en esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Constitucional de Derecho (Social y Democrático de Derecho), es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de personas²⁴²; iii) El deber de garantizar las condiciones para que no se

²³⁶ HUGO VIZCARDI; Silfredo. ARENAS ACOSTA; Juana Flor. *El aborto y las condiciones de su permisibilidad. A propósito de la expedición de la guía técnica para la estandarización del procedimiento del aborto terapéutico*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 61. Julio 2014. Gaceta Jurídica. Pág. 302.

²³⁷ Artículo 3º. (Declaración Universal De Derechos Humanos).

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

²³⁸ Artículo I. Declaración Americana De Los Derechos y Deberes Del Hombre.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

²³⁹ Artículo 6º 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente....

²⁴⁰ Artículo 4º. Derecho a la Vida (Convención Americana Sobre Derechos Humanos)

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

²⁴¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 292-293.

²⁴² Aunque debe precisarse que las disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole, desde aquellas de carácter prestacional y asistencial hasta disposiciones penales que tipifiquen las conductas que atenten contra la vida de las personas, se trata de una vinculación en dos sentidos, uno de

produzcan violaciones contra dicho derecho. Sobre esto último la Corte Interamericana ha señalado en la Sentencia de fecha 05 de julio del 2004 (causa N° 19, Comerciantes Vs. Colombia -fundamento 135)"²⁴³

4.5.- Cuestiones de constitucionalidad²⁴⁴.

Como se ha venido sosteniendo..., la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el ordenamiento constitucional por tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden la esfera de su autonomía privada e interesan a la sociedad, al estado y el legislador. No obstante, el derecho a la vida del *nasciturus* o del deber de dotar medidas legislativas por parte del estado, no pueden tener una naturaleza absoluta, que determine la penalización del aborto en todas sus modalidades, determinando la completa preeminencia de la vida del *nasciturus*, en desmedro de los derechos fundamentales de la mujer embarazada; pues, de ser así, se estaría desconociendo la dignidad de la gestante y reduciéndola a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derecho sus intereses constitucionalmente relevantes. Una decisión de este tipo sería abiertamente inconstitucional, ya que una de las características de los ordenamiento constitucional es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales tienen la preeminencia absoluta e incondicional frente a los restantes; en tal sentido del conflicto de intereses presentado entre la vida del concebido y los derechos de la mujer gestante se debe recurrir al juicio de ponderación como exigencia de una adecuada proporcionalidad²⁴⁵.

Transcribimos la idea anterior pero sólo compartimos lo que hemos subrayado, sí recurrimos al test de ponderación debe primar la vida del ser humano en formación versus el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre.

Bajo esta perspectiva nuestro código penal ha consagrado una prohibición General del aborto (excepción de terapéutico), y en el caso del aborto ético y eugenésico, si bien establece la atenuación de la pena debido a la especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como

naturaleza positiva que obliga al Congreso de la Republica a adoptar medidas que protejan la vida, otro de carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, se convierte en un límite a la *potestas* de configuración del legislador, al cual le está vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico del Estado. Cita de GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. Ob. Cit. Pág. 293.

²⁴³ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. Ob. Cit. Pág. 293.

²⁴⁴ Ibídem. Pág. 636.

²⁴⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. En Neoconstitucionalismo. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid, 2003. Pág. 143.) Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 636.

su dignidad de libre desarrollo de la personalidad, aún sigue atribuyendo responsabilidad penal a la gestante²⁴⁶.

Una regulación que en ese sentido es evidentemente desproporcionada, pues en definitiva el hecho sigue siendo punible, en esa medida continúan afectándose gravemente los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante. Esto es más evidente en el caso del aborto ético, en el cual se desconoce totalmente la dignidad de libre desarrollo de la personalidad de mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida, sino el resultado de una acción delictiva, que le obligará una mujer a seguir adelante con tal embarazo, será les conoce como sujeto por amor de derechos. La mujer que, como consecuencia de la vulneración de tal magnitud que sus derechos fundamentales, quedé embarazada no puede ser jurídicamente obliga a adoptar comportamientos heroicos, obligándola a asumir sobre sus espaldas la enorme carga vital que implica la continuación del embarazo en esas condiciones, considerando la únicamente como instrumento útil de procreación²⁴⁷. En estas condiciones cuando una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable -lo heroico-consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta el final la mujer tiene derecho continuar su embarazo, si tiene el coraje para serlo de acuerdo su conciencia, pero no puede ser obligada a procrear ni ser objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación²⁴⁸.

²⁴⁶ Aunque cabe reconocer como señala REYNA ALFARO. Luis Miguel: *Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental*. En gaceta penal & procesal penal. Tomo, 4, gaceta jurídica, lima, 2009. Pág. 29., Que en los hechos este supuesto se encuentra descriminalización, atendiendo a la pena (tres meses) con el que se encuentra conminado este delito, pues es resulta improbable la imposición de la pena sin que se hayan superado los plazos ordinaria extrapenales prescripción de la acción penal, por lo que en la práctica sólo será posible sancionar este delito sin imputado renuncia la prescripción. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 636.

²⁴⁷ CARBONELL MATEU-GONZALES CUSSAC: *Ob. cit*, p. 115: “sin ordenamiento hubiera optado por obligar a la mujer a continuar su embarazo -pese a que tal continuidad sea valorada positivamente-, habría ignorado el Valor superior que tiene libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana, así como el hombre -en este caso y de momento, específicamente, la mujer- es un fin en sí mismo, y de ninguna manera puede considerar la, como ya dijera Kant, un simple medio un instrumento”. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 564.

²⁴⁸ Como bien señala PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso R.: *La política criminal del aborto en el marco de una discusión despenalizadora*, en gaceta penal y procesal penal. Tomo, 4, gaceta jurídica, lima, 2009. PP. 37 a 38, la penalización de la mujer significaría la aplicación del doble castigo, el primero constituido por la propia violación sexual, y luego, el estado, a partir de una obtusa penalización, amenaza su libertad. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial. (Introducción a la Parte General)* Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 638.

Nuevamente no compartimos las ideas antes citadas, pero debemos agregar que si una mujer ha sido violentada sexualmente y no desea tener el ser humano en formación lo puede entregar al estado para que a través de un programa de adopción se proteja la vida del ser humano en formación que dentro de su total inocencia no tiene la más mínima culpa de los hechos además esta situación de despenalizar al aborto como producto de una violación daría paso indirectamente para que inescrupulosas usando la figura penal legitime su aborto y todo quede en la impunidad, con la burla y complicidad del legislador.

A nuestro turno nos preguntamos como es que si en el ámbito nacional y extranjero se protege el derecho a la vida del concebido porque el legislador peruano al momento de castigar la comisión del delito de Aborto Eugenésico ha sancionado con un plazo demasiado corto dicho delito.

Tal como se advierte el legislador penal ha sancionado este tipo de aborto con una pena irrisoria de tres meses, el cual obliga de manera indirecta a que el órgano fiscal, como ente competente persecutor de los delitos de acción pública, tenga un plazo muy corto para investigar y postular una tesis acusatoria por el delito de Aborto Eugenésico, y a su turno el órgano jurisdiccional se vea compelido a sentenciar en tiempo record, lo cual genera diversos problemas, pues el abogado defensor sin lugar a dudas plantearía una excepción de prescripción (extraordinaria), generando como efectos la impunidad del delito, pero no por inercia del órgano fiscal o judicial, lo cual debe quedar claro, sino por el plazo irrisorio planteado por el legislador, inyectando como consecuencia grandes dosis de impunidad y sembrando la desconfianza en la sociedad, quienes ven en las agencias de persecución del delito como órganos corruptos y burocráticos, aunado a esto tenemos que el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente, el cual es sustrato de los demás derechos, lo cual deviene en ilógico que la vida humana no tenga una debida protección, en el siguiente subcapítulo esbozaremos *in extenso* diversas consideraciones que apuntalan las ideas expuestas líneas arriba.

SUB-CAPÍTULO V.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU INCIDENCIA EN EL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO.

SUBCAPÍTULO V.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU INCIDENCIA EN EL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO.

1.- Introducción.

El inexorable paso del tiempo *rectius* -el decurso del tiempo- es una vicisitud a la cual nadie puede escapar, es así que el tiempo, es un hecho jurídico, pues tiene relevancia para el derecho por las consecuencias que su transcurso acarrea, la prescripción, como institución jurídica, es uno de los campos más fértiles en la que el decurso del tiempo, se muestra en toda su intensidad, pues en algunos casos por el paso del tiempo se adquiere derechos (prescripción adquisitiva de dominio²⁴⁹) y otros se pierden o extinguen

²⁴⁹ Puede consultarse al respecto el Segundo Pleno Casatorio Civil Casación N° 2229-2008-Lambayeque, fallo con el cual concordamos pero no con los fundamentos que le sirven de base, específicamente no comulgamos con lo resuelto por el pleno casatorio en relación al derecho que ostenta la codemandante, a la conclusión a la que arriba (*la codemandante Gladys Filomena Lluncor Moloche, ocupa el inmueble en virtud a la extensión del derecho de habitación que goza su señor padre... y por lo tanto no tiene posesión a título propio y menos como propietaria al existir una posesión superior o inmediata*. Fundamento N° 54) consideramos que no es de recibo, pues la codemandante Gladys Filomena es una simple poseedora de la posesión, por lo tanto no es poseedora inmediata ni mucho menos poseyó en virtud a la extensión del derecho de habitación que gozó su señor padre Rafael Lluncor Castellanos. Al respecto la doctrina “La sentencia se equivoca cuando pretende subsumir la posesión de los demandantes en el derecho real de habitación, aunque luego se retracte, pues en tal caso se requiere imperativamente de un título jurídico constitutivo de la situación jurídico - real en virtud de la declaración de voluntad de las partes así manifestada. En realidad aquí se produce una confusión notoria, pues el arrendamiento y la habitación tienen diferencias muy marcadas, y no hay razón alguna para invocar en esta sentencia el derecho de uso y habitación. El arrendamiento no genera un derecho de habitación, ya que uno es un título simplemente obligacional, y el otro es de carácter real. Para constituirse habitación se requiere de un negocio jurídico destinado a ese fin; nada de lo cual acontece en el presente caso, por lo que resulta inútil entretenerse en un hecho que las partes no han invocado ni probado. Aquí bastó sostener que el padre es un poseedor en concepto de arrendatario, por lo cual se le encuentra negada la usucapión; y la hija es una alojada de éste por lo que su condición jurídica es de servidora de la posesión.” (GONZALES BARRON, Gunther. *La usucapión. fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. Jurista editores. Edición mayo 2010, Lima. Págs. 344-345.) Puede consultarse también el Segundo Pleno Casatorio Civil. Corte Suprema de Justicia de la República Consejo Ejecutivo del Poder Judicial Centro de Investigaciones del Poder Judicial. Fondo

derechos o acciones (prescripción extintiva), para la presente líneas que ofrecemos en esta oportunidad, vamos a exponer algunas consideraciones sobre la prescripción extintiva desde la óptica penal, definiéndola como la pérdida o sanción al estado (específicamente a sus agencias de persecución penal como son el órgano jurisdiccional y fiscal) del ejercicio de la acción penal o de la ejecución de la pena, por el paso del tiempo.

El legislador ha regulado la prescripción tanto como causal de extinción de la acción penal así como causal de extinción de la ejecución de la pena, ambos estipulados en los Artículos 78° Inciso 1 y 85° Inciso 1 del Código Penal respectivamente, siendo que la prescripción presenta vicisitudes [sucesión de acontecimientos favorables y adversos²⁵⁰] como son la interrupción y la suspensión de los plazos de la prescripción con las consecuencias y características respectivas que acarrea cada una por lo que su distinción no es meramente académica.

Debemos advertir adicionalmente que nuestro Código Penal se encarga de desarrollar sobre las causales de interrupción del plazo de la prescripción acción penal y de la pena, el legislador sí menciona cuales son las causales que interrumpen la prescripción de la acción penal y de la ejecución de la pena (Artículos 83° y 87° del Código Penal), empero lo mismo no se puede predicar sobre los supuestos de la suspensión del plazo de la prescripción acción penal (Artículo 84° del Código Penal), el legislador sienta las bases de la suspensión de la prescripción de la acción penal, pero no dice cuáles son los supuestos, nosotros vamos a centrarnos en desarrollarlos, y luego de acometer dicha tarea, vamos a colegir que ciertos actos procesales como son la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° Inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal) no se configura propiamente como un supuesto de suspensión “*sui géneris*”²⁵¹ de la prescripción de la acción penal o la sustanciación del proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos, sí suspende la prescripción de la acción penal a contraposición de lo expuesto en el Artículo 450° Inciso 9 del Código Procesal Penal, ahí radican las consideraciones problemáticas en torno a la sustanciación del delito de Aborto Eugenésico que queremos dar cuenta.

2.- La Acción penal y la acción procesal penal.

La acción penal importa el análisis respecto de dos perspectivas a) Como derecho a iniciar un proceso, sea por la autoridad pública encargada de tal

Editorial Del Poder Judicial. Lima - Perú 2012. Disponible también en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b114a6804ee66d60bd37ff913564ce12/SEGUNDO+PLENO+CASATORIO.pdf?MOD=AJPERES>

²⁵⁰ Tomamos la segunda acepción de la palabra, extraído del Diccionario de la lengua española disponible en: <http://www.wordreference.com/definicion/vicisitud> (Fecha de consulta 20/04/15)

²⁵¹ Frase entrecomillada, extraída del fundamento 26 del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 (Publicado el 30 de diciembre de 2010) Asunto: Prescripción problemas actuales.

función: el Ministerio Público (ejercicio público); sea por el agraviado en los delitos de ejercicio privado, respectivamente; b) como derecho a la acusación y al juicio que culmina con la resolución definitiva del juez, materializándose el derecho a la tutela jurisdiccional²⁵².

Al respecto la jurisprudencia expone: “Desde el punto de vista de la legitimación para ejercer la acción penal, se diferencia entre la acción penal pública se manifiesta como la regla general prevista para la inmensa mayoría de ilícitos penales, debido a que en estos casos el interés general en preservar unas condiciones mínimas de convivencia superan el propio interés particular del ofendido directamente por el delito (R.N. N° 2697-95-Lima, data 40 000, G.J.)²⁵³”

Es necesario distinguir ambos institutos [La Acción penal y acción procesal penal]. La acción penal, es una facultad en abstracto, es decir, un derecho en potencia que permite al Estado la pretensión punitiva de la que está investido.

La acción procesal penal, o, el ejercicio de la acción penal es el ejercicio del derecho del *ius puniendi* del Estado, ante el órgano jurisdiccional²⁵⁴.

3.- La Prescripción y su fundamento constitucional.

En primer lugar debemos anotar que la institución jurídica de la prescripción tiene asidero constitucional, se encuentra regulada en los artículos 41° y 139° inciso 13 de la Constitución Política del Perú²⁵⁵.

Al respecto el Tribunal Constitucional: “Conforme se dejó establecido en la sentencia 7451-2005-PHC/TC, el fundamento constitucional de la prescripción se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41°, como en el artículo 139°, inciso 13, de la Constitución. El primero prevé que “el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”, mientras que el segundo prescribe que “la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa

²⁵² SÁNCHEZ VELARDE, P. *Manual de derecho procesal penal*, cit, p. 327. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Rodhas. Segunda Edición Febrero 2009. Pág. 194.

²⁵³ Gaceta Penal & Procesal Penal. *Diccionario Penal Jurisprudencial. Index Completo De Figuras e Instituciones Penales, Procesales Penales y Penitenciarias Desarrolladas En La Jurisprudencia*. Primera Edición. Noviembre 2009. Pág. 43.

²⁵⁴ ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Jurista Editores EIRL. Primera Edición: Marzo 2009. Pág. 211.

²⁵⁵ De la acusación constitucional: 99; produce efectos de *cosa juzgada*: 139,13°; en caso de delitos cometidos contra el *patrimonio del Estado*, se duplica el plazo de: 41. Vid. ETO CRUZ, Gerardo. *Índice analítico de la Constitución Política del Perú 1993*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Editorial libertad. Primera edición octubre de 1997. Pág. 172.

juzgada”. Bajo el canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales alusivas a la prescripción, se puede señalar que en general la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y con él la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado. (STC 5890-2006-PHC, FJ 3)”

Al respecto llama mi atención lo expuesto en el artículo 41° de la Constitución Política “... La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública...El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.”

El Artículo 80° del Código Penal estipula que “La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

... En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, o *cometidos como integrante de organizaciones criminales*, el plazo de prescripción se duplica.²⁵⁶”

Considero que la norma ha extendido indebidamente la duplica del plazo de la prescripción a los *integrantes de organizaciones criminales*, a pesar que la constitución solo ha previsto la duplica del plazo para aquellos funcionarios o servidores públicos, que atenten contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, por lo que la consideramos inconstitucional en este extremo.

Con relación al comentario del Artículo 41° de la constitución la doctrina expone: “La Constitución establece la duplicación del plazo de prescripción a fin de establecer mayores dificultades para que el delito en cuestión pueda quedar impune. La prescripción, como bien se sabe, es el mecanismo a través del cual se extingue la acción penal como resultado del transcurso del tiempo. Es el Código Penal el que establece los plazos de prescripción a partir de la pena privativa de libertad prevista para cada delito. Ahora bien, no todos los delitos contra la Administración Pública tienen contenido patrimonial, siendo estos a los cuales se aplica esta disposición. En

²⁵⁶ Párrafo último modificado por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30077 publicada el 20 de agosto del año 2013 en el diario oficial el peruano.

consecuencia, el plazo de prescripción ampliado no es susceptible de ser aplicado a aquellos delitos que no afectan el patrimonio del Estado.²⁵⁷

Al respecto el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales)²⁵⁸ expone si el delito es cometido por un funcionario o servidor público y afecta el patrimonio del estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de la prescripción se duplica, dichos delitos se circunscriben al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal, “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos”. Según a lo expuesto en fundamento décimo segundo del citado Acuerdo Plenario 12.- *El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú...*

[Con respecto a la dúplica del plazo de la prescripción] También nuestro Tribunal Constitucional ha avalado la legitimidad de la ampliación de los plazos de prescripción en este tipo de delitos, estableciendo incluso como doctrina jurisprudencial que “(...) duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, (...) dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por este, de conformidad con el artículo 41°, *in fine*, de la Constitución.”²⁵⁹

En el ámbito internacional, la posibilidad de ampliar los plazos de prescripción en este tipo de delitos ha sido avalada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -aprobada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 28357 de fecha 6 de octubre de 2004- cuyo artículo 29 autoriza expresamente que: “Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración

²⁵⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Comentarios al artículo 41° de la Constitución política del Perú. Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). La constitución comentada. Tomo I Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país. Segunda edición aumentada actualizada y revisada. Enero 2013. Gaceta jurídica S.A. Pág. 917.

²⁵⁸ Publicado el 30 de diciembre del año 2010, en el diario oficial el Peruano.

²⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de Abril de 2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC-LIMA, Fundamento 18. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N° 155, Agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica. Pág. 44.

de justicia.” En el mismo sentido, el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, establece en su artículo 6 que: “En las normas sobre prescripción de los delitos de corrupción de agentes públicos extranjeros se establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la acción de la justicia”. Como se aprecia, el ordenamiento jurídico internacional también avala el establecimiento de un sistema de prescripción especial para este tipo de delitos.²⁶⁰

4.- Concepto de prescripción.

Con relación al concepto. El Tribunal Constitucional del Perú expone: “Conforme a lo señalado anteriormente por este Tribunal [Cfr. Exp. N° 1805-2005-HC/TC, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte] la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al ius puniendi, bajo el supuesto de que *el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción*, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio pro hómine, la ley penal material otorga a *la acción penal una función preventiva y resocializadora*, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva; orientación que se funda en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se *elimine toda incertidumbre jurídica* y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.” Expediente N° 2506-2005-PHC/TC (Fundamento jurídico N° 02). (Cursivas nuestras)

“El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con ello, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.” Expediente N° 0331-2007-PHC/TC (Fundamento jurídico N° 05).

Nota bene (nótese bien) que el Tribunal Constitucional usa las frases “*el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción*” “*la acción penal una función preventiva y resocializadora*” “*elimine toda incertidumbre jurídica*” lo cual nos lleva a pensar, adelantándonos a determinar sobre la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal (me refiero a sus dos variantes tanto de la acción penal como de la ejecución de la pena), que el Tribunal

²⁶⁰ MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 44.

Constitucional acoge la tesis de la naturaleza material, luego del análisis respectivo daremos nuestro punto de vista sobre la naturaleza jurídica de la institución en comento.

5.- Clases de prescripción.

La prescripción opera tanto sobre la acción penal como sobre la ejecución de la pena, no es ocioso precisar que para aquellas personas que aún no han sido sentenciadas o cuya situación jurídica aún no ha sido determinada por el órgano jurisdiccional, debe entenderse que técnicamente deben invocar la prescripción del plazo de la acción penal, pues aún no ha mediado pena y no hay pena que ejecutar. En nuestro ordenamiento existen dos clases de prescripción la ordinaria y la extraordinaria.

5.1.- Prescripción ordinaria y extraordinaria.

La prescripción engloba dos clases: la prescripción ordinaria y la extraordinaria, al respecto el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitorias **Nº 9-2007/CJ-116** (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80º y 83º del Código Penal)²⁶¹ expone en el sexto y séptimo fundamento: “6.- El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83º in fine hace referencia al **plazo extraordinario**.”

Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando “*el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción*”. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82º del Código Penal.”

5.2.- Cómputo de los plazos de la Prescripción ordinaria y extraordinaria.

Adicionalmente debemos indicar que el artículo 80º del Código Penal estipula que *La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años*. Esto quiere decir que el artículo regula el plazo máximo de prescripción a tomarse en cuenta para los delitos sancionados con pena privativa de la libertad temporal la cual tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años de pena privativa de la libertad (Artículo 29º del Código Penal) y de cadena perpetua.

Tomemos como ejemplo el delito de Violación sexual de menor de edad del

²⁶¹ Publicado el día martes 25 de marzo del año 2008, en el diario oficial el Peruano. Pág. 6412 y ss.

Artículo 173° inciso 2 del código penal, que nos va a servir para graficar la premisa anterior, veamos el legislador sanciona al agente que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, que tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, sancionando con una pena no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. ¿Podremos alegar válidamente que el plazo de la prescripción ordinaria para este delito sería de treinta y cinco años y la extraordinaria sería de cincuenta y dos años seis meses? Esta interpretación no es de recibo, pues según el Artículo 80° del Código Penal la prescripción de la acción penal, no será mayor a veinte años (para delitos con penas privativas temporales no importa la gravedad) debiendo reducirse a este plazo la prescripción ordinaria, *nota bene*, el plazo de la prescripción extraordinaria sería de treinta años, veamos a continuación lo expuesto por el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116²⁶² (Asunto: sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80° y 83° del código penal) en décimo fundamento: *10°. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.*

En el mismo sentido la doctrina expone: “Respecto al cómputo del plazo ordinario de prescripción de la acción penal, señala que: i) si el delito está sancionado con pena privativa de la libertad, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada para el delito; ii) en los delitos que merezcan otras penas -penas limitativas de derechos o multa-, la acción prescribe a los dos años; iii) la prescripción no será mayor a veinte años; iv) en los delitos sancionados con pena de cadena perpetua la acción penal se extingue a los treinta años; y, v) el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del estado o de organismos sostenidos por este (artículo 80).

A ello debemos agregar que el artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que los crímenes de competencia de la Corte - genocidio, lesa humanidad, crimen de guerra y crimen de agresión- no prescribirán. En tal sentido, por declaración expresa del Estado peruano, a través de la Resolución Legislativa N° 27517, del 16 de setiembre de 2001 -

²⁶²

Publicado el 25 de marzo de 2008 en el diario oficial El Peruano.

que aprueba es Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁶³-, y de la Resolución Legislativa N° 27998, de fecha 12 de junio de 2003 -que aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad²⁶⁴-, los crímenes internacionales de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión son imprescriptibles.²⁶⁵

6.- Vicisitudes de la prescripción.

El decurso prescriptorio ya iniciado contra la pretensión que nace del ejercicio del derecho de acción, puede ser alterado por motivos diversos, que se distinguen entre sí, y que la codificación civil [*mutatis mutandis* la codificación penal] clasifica como causales de suspensión y causales de interrupción.

Las vicisitudes que alteran el decurso prescriptorio, que se configuran en las causales de suspensión y en las causales de interrupción, se distinguen, según lo detengan mientras subsisten para luego continuar el decurso cuando desaparecen las causas sumándose el transcurso anterior, como ocurre con la suspensión, y, según dejen sin efecto el tiempo transcurrido, como ocurre con la interrupción, cuyas causales, una vez desaparecidas, determinan que el decurso se reinicie pero sin que sea de cómputo el transcurso anterior a la aparición de la causal.²⁶⁶

6.1.- Interrupción de la Prescripción de la acción penal.

De conformidad a lo estipulado en el Artículo 83° del Código Penal se interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, o por la comisión de un nuevo delito doloso, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. En consecuencia comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

La Corte Suprema de Justicia de la República ha precisado en la Casación N° 347-2011-Lima, con fecha catorce de Mayo del año dos mil trece, a dispuesto que *Solo las Actuaciones del Ministerio Público en las que se efectuó una*

²⁶³ El artículo 29 del Estatuto de Roma establece que: “los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán”. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 42.

²⁶⁴ El artículo I de la Convención establece que: “son imprescriptibles los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempo de guerra y en tiempo de paz”. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 42.

²⁶⁵ MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 42. Pueden consultarse adicionalmente las sentencias del Tribunal Constitucional Exp. N° 0024-2010-PI/TC, 0018-2009-PI/TC, 03173-2008-PHC/TC.

²⁶⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción Extintiva y Caducidad*. Gaceta Jurídica. Cuarta Edición. Marzo 2002. Págs. 129-130.

*imputación válida contra el investigado pueden interrumpir el plazo ordinario de la prescripción.*²⁶⁷

“De otro lado es preciso tomar en cuenta que conforme al Artículo 83° del CP, en caso hubiere operado una de las causales de interrupción de la prescripción, a saber, las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales o la comisión de un nuevo delito doloso, será de aplicación el plazo extraordinario de prescripción, que equivale al plazo ordinario de prescripción más la mitad.” Expediente N° 04900-2006-PHC/TC (Fundamento jurídico N° 11)

6.2.- Suspensión de la Prescripción de la acción penal.

La doctrina civilista *mutatis mutandis* expone: “El decurso prescriptorio se suspende por causas sobrevinientes al nacimiento de la acción, independientemente de la voluntad de los sujetos de la acción jurídica y siempre que tales causas estén previstas en la ley. De ahí, el concepto de la suspensión se configure por el detenimiento del decurso prescriptorio una vez iniciado, esto es, de la paralización del tiempo hábil para prescribir.

La suspensión del decurso prescriptorio lo detiene o paraliza pero con efectos proyectados al futuro, pues se conservan eficacia del tiempo transcurrido hasta la aparición de la causa para, luego de desaparecida, ser computado, adicionándose al tiempo posteriormente transcurrido hasta completarse el plazo para que se produzca la prescripción.²⁶⁸

“Cuando el plazo de prescripción de la acción penal se *suspende*, no corre el periodo transcurrido durante el tiempo que dura la suspensión, pero una vez cesado éste, se sumarán ambos periodos, el transcurrido antes de la suspensión y el que opere después de cesada la suspensión; pues, aun

²⁶⁷ Casación 347-2011-LIMA. Del Motivo Casacional: Indebida Interpretación De La Ley Penal.
“4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuales son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros. Disponible en: http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e (Fecha de Consulta 19/04/15)

²⁶⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. Cit. Págs. 130-131.

cuando el Código Penal no lo dice, por tratarse de una institución proveniente del derecho civil, debemos aplicar el mismo criterio seguido en este ámbito jurídico, y precisamente el Código Civil en su Artículo 1995°, refiere que “desaparecida la causa de suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose al tiempo transcurrido anteriormente”²⁶⁹ Caso de suspensión del plazo prescriptorio de la acción penal es el previsto en el Artículo 84° del Código Penal; es decir cuando la prescripción queda en suspenso por no poder iniciarse la acción penal o por no poder continuar la misma. Casos específicos de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal son: Los supuestos de cuestión previa, de cuestión prejudicial, de antejuicio Constitucional y Desafuero Constitucional²⁷⁰ Nosotros agregamos la extradición.

A nuestro turno podemos agregar que la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal se presenta como un obstáculo de la acción penal, bien sea para su inicio o para su continuación, pues siempre va a depender de una cuestión que deba resolverse previamente en otro procedimiento, veamos el hipotético caso que se requiera procesar a un alto funcionario (Artículo 99° de la Constitución) por la comisión de un delito de función, la judicatura ordinaria está imposibilitado de hacerlo pues, no puede procesar al alto funcionario hasta que se dé el correspondiente Antejuicio Político, y se emita la resolución acusatoria con contenido penal, luego de cumplir con dicho procedimiento recién los jueces y fiscales supremos a su turno podrán procesar al alto funcionario.

A su turno la jurisprudencia, da luces sobre qué es lo que entiende por suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal, al respecto el Acuerdo Plenario De Las Salas Penales Permanente y Transitorias **N° 1-2010/CJ-116** (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales) en los Fundamentos 24 y 25 expone: “**24°.** *La “suspensión” de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su*

²⁶⁹ ROY FREYRE (1997. p.86) y BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES (2001. p.303) son del mismo criterio. Citados por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos Tomo I.* Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2008. Pág. 674.

²⁷⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William... Ob. Cit Págs. 674-675.

prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25°. *La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.”*

Como lo expusimos líneas arriba, precisamos que los supuestos de suspensión de la acción penal no están especificadas en la norma penal, labor que se ha encargado de desarrollar la doctrina teniendo como casos específicos de los supuestos de la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal: a la cuestión previa, la cuestión prejudicial, el antejuicio constitucional, el desafuero constitucional, la extradición.

7.- Planteamiento Del Problema.

Que de la revisión del Artículo 120° Inciso 2, del actual Código Penal Peruano, se advierte que el legislador ha regulado una clase de aborto denominado por la doctrina como Aborto Eugenésico, ilícito que será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses *“Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”*.

Al respecto la problemática se centra en el *quantum* de la pena privativa de la libertad a imponerse, pues nuestro código penal lo castiga con una pena irrisoria, al reprimir el ilícito con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses, siendo que en la práctica la duración del plazo de la investigación preliminar y de la investigación preparatoria a su turno, superan ampliamente los tres meses, con lo cual consideramos que, de seguirse un proceso, en estos casos nunca se podría condenar a nadie, porque no habrá inconveniente en plantear una excepción de prescripción, ya que prescribiría la acción penal a los cuatro meses y medio, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal²⁷¹.

Es ilustrativo lo expuesto por el doctor Reyna Alfaro...que en los hechos este supuesto se encuentra descriminalizado, atendiendo a la pena (3 meses) con el que encuentra conminado este delito, pues es resulta improbable la imposición de una pena sin que se hayan superado los plazos ordinarios y extraordinarios de prescripción de la acción penal, por lo que en la práctica

²⁷¹ Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta Edición. Quinta Reimpresión: 2006. Lima - Perú. Editorial San Marcos. Pág. 95.

sólo será posible sancionar este delito si el imputado renuncia a la prescripción²⁷².

Mención aparte merece el plazo establecido para las diligencias preliminares, pues según el Inciso 2 del Art. 334° del Código Procesal Penal²⁷³, el plazo de las diligencias preliminares conforme al Art. 3° es de 60 días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el Fiscal Podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de la investigación, sumado a ello se tiene que según la Casación N° 02-2008, de fecha 03 de Junio del Año 2008 (Lima), la cual es Doctrina Jurisprudencial precisó²⁷⁴ *“Los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; son diferentes y no se hallan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.... Finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es el límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable... Debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal..., debe computarse [la investigación preparatoria] a partir de su comunicación en virtud de lo establecido en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres.”*

Que aparentemente se podría solucionar el presente problema antes expuesto, recurriendo a la aplicación del Artículo 339° Inc. 1²⁷⁵ del nuevo

²⁷² REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental*. En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009. Pág. 29.

²⁷³ Artículo Modificado por la Ley N° 30076; publicada en el diario Oficial el Peruano con fecha 19 de Agosto del Año 2013.

²⁷⁴ Separación del Cómputo de los plazos de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria. TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I Jurisdicción Penal. Segunda Edición (Revisada, Aumentada y Actualizada). Abril 2010. Editorial Reforma. Págs. 269-272.

²⁷⁵ Artículo 339° Efectos de la formalización de la investigación.- 1. La formalización de la

Código Procesal Penal, el cual prescribe que “la *Formalización de la Investigación Preparatoria* suspende el curso de la prescripción de la acción penal”. (Subrayado nuestro), con dicho acto procesal el órgano fiscal podría “suspender” el plazo de la prescripción de la acción penal y así evitar la interposición de la excepción perentoria de Prescripción²⁷⁶. Pues el delito de Aborto Eugénico, tiene una pena privativa de la libertad no mayor de tres meses y atendiendo a que la sanción del ilícito (sentencia) se puede prolongar más de tres meses, entonces sería un imperativo categórico proceder a la inmediata judicialización de la investigación (formalización de la investigación preparatoria), a fin de suspender el plazo de la acción penal.

No resulta ocioso preguntarnos cuando se invoca la excepción de prescripción de la acción penal ordinaria y extraordinaria, si tomáremos la hipotética función del abogado defensor tendríamos que analizar si el fiscal ha decidido iniciar la investigación por la presunta comisión del delito de Aborto Eugénico y tomando en cuenta que se trata de un delito de resultado²⁷⁷, tendríamos que conocer a ciencia cierta desde cuando se consumó el delito y luego analizar si la acción penal ha sido iniciada posterior a los tres meses, de ser así cabe invocar la excepción de prescripción ordinaria.

En el otro supuesto cabe precisar que si el órgano fiscal inicia sus diligencias preliminares dentro de los tres meses de consumado el delito, se entiende que se ha interrumpido La prescripción de la acción penal, y sólo cabría invocar la excepción de prescripción extraordinaria, lo cual resulta lógico de acuerdo a lo que estipula el artículo 83° del Código Penal²⁷⁸ siendo que la

investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal., 2. Asimismo, el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

²⁷⁶ Artículo 6° Excepciones.- (Nuevo Código Procesal Penal); 1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes: a) Naturaleza de juicio, cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la Ley., b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. c) Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona., d) Amnistía. e) **Prescripción, cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena**.... (Resaltados nuestros)

²⁷⁷ Por delitos de resultado se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Un delito de resultado es p.ej. el homicidio: entre la acción (v.gr. disparar el revólver) y el resultado (muerte de la víctima) hay una distancia temporal y espacial. Pero también son delitos de resultado la estafa (§ 263), en la que el perjuicio patrimonial es subsiguiente al engaño, e incluso las injurias (§ 185) o la provocación de escándalo público (§ 183 a), en los cuales el conocimiento por parte de un tercero es un proceso autónomo frente a la acción del autor, pero necesario para que se cumpla el tipo. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1 (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. 1ª edición, Madrid, 1997,5/2, Pág. 328.)

²⁷⁸ Artículo 83.- Interrupción de la prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Después de la interrupción comienza

acción penal prescribiría indefectiblemente a los cuatro meses y medio, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal.

7.1.- Sobre los efectos de la formalización de la investigación preparatoria.

La formalización de la investigación preparatoria tiene dos efectos fundamentales, según precisa el Artículo 339° Inciso 1 del Código Procesal Penal **suspende** el curso de la prescripción de la acción penal y el órgano Fiscal pierde la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

Al respecto el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116²⁷⁹, (y la doctrina a favor sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal²⁸⁰), postula en los Fundamentos 26, 27 y 31 que el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, en consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia. Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso. **Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. (Resaltados Nuestros)**

²⁷⁹ 26°. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “*sui generis*”, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal. 27°. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “interrupción” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara. 31°. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución -inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable...

²⁸⁰ Vid. PARIONA ARANA, Raúl. *La Prescripción En El Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o Interrupción De La Prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011. Págs. 221 y ss.

En la misma línea y ratificando el pleno anterior el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/Cj-116²⁸¹ (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del código procesal penal 2004) expone:... **10.** Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 **no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente,** las reglas contenidas en el artículo 83° de Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. ***Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.*** Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

“1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado.”

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido”.

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

Si nos decantamos por la posición del acuerdo plenario N° 1-2010/CJ-116, sobre la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal como producto de la formalización de la investigación preparatoria, entonces cabría

²⁸¹ Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss.

formularse la siguiente interrogante sobre si dicha suspensión ¿acaso no vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable?²⁸²

Al respecto el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/Cj-116²⁸³ (Asunto: Sobre La Necesidad De Reevaluar La Suspensión De La Prescripción Dispuesta En El Artículo 339°.1 Del Código Procesal Penal 2004) zanja la polémica y expone: “11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96°), de octubre de 1984 (Art. 83°), de agosto de 1985 (Art. 89°) y de abril de 1986 (Art. 88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible”. (Resaltados nuestros).

²⁸² El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un Derecho Constitucional Implícito que se deriva del Artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú. “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...”

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al plazo razonable de la investigación fiscal en las sentencias recaídas en el Expediente N.° 5228-2006-PHC/TC caso Samuel Gleiser Katz, y en el Expediente N.° 02748-2010-PHC/TC caso Alexander Mosquera Izquierdo. Asimismo según jurisprudencia del TC cabe precisar que no podemos fijar una perspectiva de plazo razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales, y la complejidad del asunto. También se puede consultar sobre el tema tangencial al plazo razonable, específicamente sobre la aplicación del Test de las Dilaciones indebidas nos referimos a la polémica sentencia expedida por el tribunal constitucional peruano sobre el EXP. N° 3509-2009-PHC/TC caso Walter Gaspar Chacón Málaga. Sobre las Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción se puede ver el excelente trabajo De RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

²⁸³ Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss.

Estamos de acuerdo con lo expuesto en el fundamento décimo primero del Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, en consecuencia si la suspensión de la prescripción en el caso del Artículo 339° inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, estamos hablando de la **Prescripción Extraordinaria**, pues según el Artículo 83° del código penal, La prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Enfrentemos la problemática recurriendo a las tres fuentes principales del derecho la ley, la doctrina y la jurisprudencia, luego de hacer el balance respectivo el lector(a) podrá plasmar sus propias conclusiones.

La ley: El Artículo 339° Inc. 1 del Nuevo Código Procesal Penal, prescribe “*la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal*”. (Subrayado nuestro).

El Artículo 83° del Código Penal estipula: “*La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido...*” (Subrayado nuestro). Y el Artículo 84° del Código Penal prescribe “*Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.*” (Subrayado nuestro).

Las preguntas que saltan a la vista son ¿la formalización de la investigación preparatoria, no es una actuación del Ministerio Público? Y si la respuesta es afirmativa ¿dicha actuación no debería interrumpir La prescripción de la acción penal? ¿La formalización de la investigación preparatoria, depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento?

Si recurrimos a los acuerdos plenarios antes citados (**N° 1-2010/CJ-116 y 3-2012/CJ-116**), tendríamos que decir que la corte suprema aparentemente habría zanjado la controversia, por lo que estas modestas líneas serían un ejercicio mental en vano, al respecto creemos que la corte suprema ha recurrido a un criterio interpretativo literal del artículo 339° Inc. 1 del Nuevo Código Procesal Penal, pero no ha realizado una interpretación sistemática²⁸⁴

²⁸⁴ Para el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el “qué quiere decir” la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella. En: RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al derecho)*. Décima edición aumentada. Segunda reimpresión de la décima edición, junio de 2011. Fondo editorial pontificia universidad católica del Perú. Pág. 242.

y teleológica²⁸⁵ conjuntamente con los artículos 83° y 84 del Código Penal, nos explicamos:

Se ha dicho que la formalización de la investigación preparatoria suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, *ergo* si recurrimos al Artículo 84° del Código penal, la investigación preparatoria ¿depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento? La respuesta es negativa, pues la formalización de la investigación preparatoria depende única y exclusivamente del órgano fiscal.

Al respecto la doctrina expone: “En suma, la suspensión del plazo de prescripción tiene como fundamento la existencia de una determinada cuestión que imposibilita el comienzo o continuación del proceso penal, de forma tal que el ejercicio de la acción penal no puede realizarse con normalidad por una causa no imputable al Estado; por lo cual, el trascurso del tiempo ocasionado por esta cuestión extraprocesal no puede causar efectos en el tiempo otorgado para el ejercicio del *ius puniendi*. De ello se desprende que, el efecto que produce la suspensión del plazo de prescripción es el no contabilizar el tiempo que dura en resolverse la cuestión extraprocesal, de la cual depende el inicio o continuación del proceso penal.”²⁸⁶

El proceso penal comienza con la formalización de la investigación preparatoria, etapa procesal que depende del órgano fiscal, la doctrina la define como un acto no jurisdiccional y unilateral del titular de la acción penal (fiscal) que determina el inicio de una investigación formal contra determinada persona, cumpliendo una función de garantía, puesto que permite al imputado un conocimiento cierto de la imputación y comienza, inevitablemente, la actividad de su defensa²⁸⁷...La formalización de la investigación tiene dos efectos fundamentales: A) Comienza a computarse plazo de investigación preparatoria. B) **Suspender el curso de la prescripción de la acción penal.** En una interpretación sistemática, se trataría más bien de la interrupción de la prescripción, tomando en consideración lo regulado por el artículo 83 primer párrafo del código penal que establece: “la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del ministerio público o de las autoridades

²⁸⁵ La interpretación ideológica se orienta a determinar el sentido de la norma que sea más conforme con los fines pretendidos por toda regulación jurídica y en orden a la realización de tales fines... Con el criterio teleológico de interpretación se propende a la realización ético-jurídicos que inspiran o que están por encima del texto normativo. En: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Tercera edición. Abril 2006. Idemsa. Pág. 574.

²⁸⁶ MADRID, Cecilia. *Suspensión de la prescripción*. En: Boletín N° 33 de fecha 19 de setiembre de 2011. Págs. 17-18. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-33.pdf> (Fecha de consulta 06/04/15)

²⁸⁷ CALDERÓN SUMARRIVA; Ana C. *Colección de temas procesales conflictivos II. El nuevo sistema procesal penal. Análisis crítico*. Egacal. Editorial San Marcos E.I.R.L. Segunda reimpresión: 2013. Pág. 200.

judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido”. Sin embargo, mediante el acuerdo plenario N° 1-2010, se establece como la causa sui géneris de suspensión que el plazo de prescripción deje de correr desde el acto procesal hasta que se obtenga una sentencia o resolución firme que ponga fin al proceso, siendo el sustento para interpretación de esta naturaleza darle eficacia a la persecución penal²⁸⁸.

La doctrina²⁸⁹ se muestra reacia con lo expuesto en el Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal en el extremo que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal y argumenta que en la realidad la Formalización de la Investigación Preparatoria no suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, pues debe interpretarse como un supuesto de interrupción de la misma, para lo cual apela a una interpretación sistemática del Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal con el Artículo 83° del Código Penal.

Pero ya advertimos que el Artículo 83° del Código Penal y el Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal son claros en regular dos instituciones distintas interrupción y “suspensión” de la prescripción de la acción penal respectivamente.

Según el Artículo 22° si la judicatura decide apartarse de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Un comentario aplicable a lo expuesto: “Como se aprecia, sustentamos algunos puntos y criticamos otros al interior del Acuerdo Plenario *submateria*, debiéndose entender que si bien todos los principios jurisprudenciales establecidos son de obligatorio cumplimiento y deben ser invocados por los magistrados en todas las instancias judiciales, el propio artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial plantea la posibilidad de que *por excepción* los magistrados que decidan apartarse de dicho criterio “*están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan*”, significando en definitiva que dependerá de la capacidad argumentativa de los magistrados de todas las instancias a nivel nacional impedir el quebrantamiento de las instituciones procesales. Esperamos que las ideas vertidas sirvan para tal fin y permitan el desarrollo de una impecable ciencia procesal penal en nuestra patria.”²⁹⁰

²⁸⁸ Ibídem. Págs. 203-204.

²⁸⁹ Vid. BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011. Págs. 254 y ss. Vid. ALCOCER POVIS; Eduardo. *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. En: Instituto pacífico. Actualidad Penal. Agosto 2014 N° 2. Págs. 110 y sgts.

²⁹⁰ MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la*

SUB-CAPÍTULO VI

HIPÓTESIS & VARIABLES

identificación del imputado un requisito de procedibilidad? Ob. Cit. Pág. 1017.

1.- HIPÓTESIS.

La hipótesis se ha planteado en los siguientes términos:

1.- Si Legislador Peruano ha proscrito el atentado contra la vida el cuerpo y a salud entonces lo hace en aras de proteger el derecho a la vida humana dependiente.

2.- Si el Legislador Peruano preserva la vida humana dependiente entonces protege de manera efectiva el derecho a la vida.

2.- VARIABLES

Cuadro de variables.

<u>TIPOS DE VARIABLES</u>	<u>DESCRIPCIÓN DE VARIABLES</u>	<u>INDICADORES</u>	<u>SUB INDICADORES</u>
<u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u>	EL aborto Eugenésico	Trascendencia del Delito Proscrito	Importancia Social
			Importancia Legal
		Bien Jurídico Protegido	Relevancia Proporcional
		Relación entre pena privativa de libertad y plazo de investigación	Con respecto a la Prescripción
<u>VARIABLE DEPENDENTE</u>	Protección efectiva	Importancia de la Pena Privativa de	Reproche Social

		Libertad.	
		Plazo razonable de investigación	Tiempo Apropriado
		Calidad de investigación	Calidad Técnica
			Calidad Jurídica

Variables Extrañas

Poder Legislativo, Ministerio Público, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Principios, Precedente Vinculantes, Casaciones.

3.- DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Como se podrá apreciar se han formulado dos hipótesis al problema planteado. En ese sentido, correspondería establecer si las hipótesis formuladas son confirmadas o negadas.

Efectivamente, cuando se desarrolle el informe final de Tesis, se estudiará obre si el bien jurídico Vida Humana Dependiente se encuentra efectivamente protegido en relación Al Delito De Aborto Eugenésico, se estudiará lo establecido en la vía jurisprudencial.

Vamos a contrastar y comprobar las hipótesis recurriendo Para tal efecto a la doctrina especializada y a la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional, Salas Supremas en lo penal de la Corte Suprema de Justicia del Perú (Acuerdos Plenarios), a fin de tenerlas por CONFIRMADAS la hipótesis formuladas, también se podrá colegir que para contrastar las hipótesis formuladas se ha recurrido a Encuestas, cuyos datos estadísticos obran en cuadros esquemáticos a color con balance positivo, así como también hemos recurrido a realizar una entrevista al Doctor Javier David Alfaro Quezada, Médico Legista de la División Médico Legal III - Lambayeque, entrevista que ha sido transcrita en su totalidad y obra en el presente proyecto. Aunado a lo anterior y haciendo eco sobre lo anteriormente expuesto la tesista ira a contrastar las hipótesis haciendo uso de la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

CAPÍTULO III

RESULTADOS & DISCUSIÓN.

CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

1.- MARCO METODOLÓGICO

1.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN:

La presente es una investigación de tipo exclusivamente DOGMÁTICA; pues busca consultar la ley la doctrina y la jurisprudencia fuentes primarias del derecho y así poder demostrar que la pena abstracta regulada por el legislador para punir el delito de aborto Eugenésico es irrisoria y no protege de manera efectiva el derecho a la vida del ser humano en formación.

1.2.- UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA

Universo: Las Sentencias, Investigaciones Fiscales que versan en materia de Aborto, dentro del Distrito Fiscal de Lambayeque.

Población: Las investigaciones, Investigaciones Fiscales que versan en materia de Aborto, en el Distrito Fiscal de Lambayeque.

Muestra: Se basa en las estadísticas realizado por el Área de Gestión de Indicadores de las Fiscalías Provinciales Penales de Investigación del Distrito Fiscal de Lambayeque, desde el año 2012 al año 2014, respecto a las investigaciones Penales realizadas por el delito de Aborto en general y Aborto Eugenésico en específico.

Sentencias del tribunal Constitucional que versan sobre el plazo razonable.

Encuestas de opinión Profesional dirigida a todos los Profesionales Fiscales encargados de efectuar la investigación Penal en el Distrito Fiscal de Lambayeque.

1.3.- Área y Ubicación.

El área en la cual se desarrolla la presente investigación, se circunscribe en la labor que realizan todos los magistrados Peruanos durante la sustanciación del proceso por el delito de Aborto Eugénico.

2.- MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

2.1.- Materiales.

En la presente investigación, como ya se ha detallado líneas arriba, se emplearán encuestas y entrevistas, en cuanto a las encuestas, deberá tomarse a todos los trabajadores del entorno jurídico que labora en la Fiscalía de Lambayeque la cual conformaron un total de veintiuno (21), asimismo se emplearon dos (02) entrevistas importantes a un Fiscal y a un Médico Legista del Distrito de Lambayeque.

2.2.- Técnicas

a Bibliográficas: Se utilizó para llevar a cabo la revisión y el análisis de la bibliografía relacionada con el tema objeto de estudio, siendo aplicable a todas las fases de la presente investigación. La información requerida fue obtenida de las Bibliotecas Especializadas de las Facultades de Derecho locales y Nacionales, Colegios de Abogados, Gestión de Indicadores del Ministerio Público, páginas Web y de la biblioteca personal de la investigadora.

β. Fichaje: Para la elaboración del marco teórico, se procedió al empleo de las siguientes clases de fichas: Bibliográficas, textuales, resumen, comentario y mixtas.

χ. Observación: Permitirá percibir como se desenvuelve el fenómeno estudiado.

- δ. **Acopio Documental:** para la presente investigación se efectuara una extradición de datos preexistentes contenidos en la doctrina, ley y jurisprudencia.
- ε. **Estadística Descriptiva:** para una mejor presentación y explicación de los resultados a obtener, el acopio documental se plasmará en cuadros estadísticos y gráficos.

2.3.- Instrumentos de Recolección de Datos.

El instrumento o técnica a utilizar son el ANÁLISIS DOCUMENTAL la ENCUESTA y LA ENTREVISTA: Mediante la lectura se debe conducir mediante reglas precisas que hagan posible la fijación del valor documento, incidiendo en su grado de veracidad, su sentido de exactitud su verdadero alcance²⁹¹.

A.- Entrevistas

Se realizaron dos entrevistas la primera al **Dr. Javier David Alfaro Quezada**, Médico Legista Adscrito a la División Médico Legal III - Lambayeque, distrito Fiscal de Lambayeque.

La segunda entrevista al **Dr. Telésforo Vásquez Figueroa**, Fiscal Adjunto Provincial, Adscrito a la Segunda Fiscalía Provincial penal Corporativa de Lambayeque, distrito Fiscal de Lambayeque.

ENTREVISTA 1.

Tema de Tesis: "LA EFECTIVA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO VIDA HUMANA DEPENDIENTE: CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO".

Entrevista Realizada por la maestrante **ANA ISABEL PADILLA ROJAS (A.I.P.R.)**, al Doctor **JAVIER DAVID ALFARO QUEZADA (J.D.A.Q.)**, Médico Legista Adscrito a la División Médico Legal III - Lambayeque, del distrito fiscal de Lambayeque.

Transcripción de la entrevista realizada como parte de trabajo de campo, Para Optar El Grado De Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales y que se ha desarrollado de la siguiente manera:

A.I.P.R. Chiclayo 19 de Septiembre del Año 2014, contamos con la grata

²⁹¹ RAMOS SUYO, J. A. *Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*. 2da Edición Editorial San Marcos. Segunda Reimpresión. Mayo 2010. Pág. 347.

presencia del Doctor Javier David Alfaro Quezada, Médico Legista de la División Médico Legal III del distrito fiscal de Lambayeque, doctor le saluda Ana Isabel Padilla Rojas, egresada de la Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo:

J.D.A.Q. Buenas Tardes

A.I.P.R. Buenas Tardes doctor ¿Cómo Está?

J.D.A.Q. Bien listo para poder trabajar algunas líneas académicas.

A.I.P.R. Muchas gracias ante todo le agradezco la gentileza de haberme concedido la entrevista sabemos que usted tiene una agenda recargada, doctor mi tema de tesis la pretendo titular, *La Efectiva Protección Del Bien Jurídico Vida Humana Dependiente: Consideraciones Dogmáticas En Torno Al Delito De Aborto Eugenésico*. Quisiera formularle algunas preguntas sobre el aborto a fin de conocer su opinión.

J.D.A.Q. *Por Supuesto, por supuesto.*

A.I.P.R. 1.- **¿DOCTOR PUEDE PRECISAR CUAL ES EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR, SI SE DETERMINA LA POSIBILIDAD DE HABERSE PRODUCIDO UN ABORTO?**

J.D.A.Q. *Bueno primero, reviso la historia clínica de la paciente, el motivo por el que el que ingresa al nosocomio, en la historia clínica se busca datos que corroboren la preexistencia de un embarazo o gestación, y el diagnostico establecido por el médico tratante y el tratamiento médico y/o quirúrgico practicados a la paciente, si hubiera procedimiento quirúrgico reviso el informe operatorio, con la finalidad de indagar acerca de los hallazgos operatorios, yo me permitiría aportar que el diagnósticos definitivo lo da el resultado de anatomía patológica (que es el estudio del histológico o hispatológico de la pieza operatoria) así como del examen de laboratorio.*

Luego hago trato de manera directa con la paciente (anamnesis) y le pregunto datos que puedan aportar sobre su gestación y los motivos de su ingreso al hospital, haciendo hincapié en los antecedentes ginecobstétricos (fecha der última regla, uso de métodos anticonceptivos, inyecciones en las últimas 48 horas previos a los síntomas, la ingesta de algún elemento o sustancia, etc) pregunto sobre gestaciones y abortos previos sean estos espontáneos o provocados, entre otros.

Seguido esto se le informa sobre la naturaleza del examen que se le va a practicar y se solicita su consentimiento informado, luego se procede al examen físico que se divide en examen extragenital, paragenital y genital,

El examen extragenital tratando de evidenciar primero signos de sugestivos o signos probables de embarazo como son los cambios anatómicos fisiológicos producidos en las mamas hiperpigmentación de la aureolas mamarias y de la línea bruna, luego también se tiene que ver la variaciones a nivel de la vulva, signos de venopuntura (punción a la vena) como signos de asistencia médica y otras lesiones traumáticas de interés criminalístico.

Por último se realiza la evaluación de la región genital, a través de la especuloscopia, lo que se hace es observar a través de un espéculo el canal vaginal del cuello y del orificio cervical, pudiéndose encontrar en dicha región signos de pinzamiento (uso de pinzas y básicamente valorar el orificio cervical que en los casos de haberse producido un aborto se encontraría abierto) pudiéndose acompañar de presencia de sangrados transcervical (la sangre sale del útero atraviesa el cuello cervical hasta llegar al canal vaginal), en la evaluación del canal vaginal se busca la presencia de elementos extraños o sustancias como ejemplo las tabletas de misoprostol y de ser positivo el hallazgo de estos elementos se toma la muestra para el estudio de químico - toxicológico, todo esto con la respectiva cadena de custodia.

Se solicita además, el dosaje hormonal y dosaje de sustancias compatibles con útero tónicos (medicamentos para que el útero se contraiga).

A.I.P.R. 2.- ¿ES IMPORTANTE ANTES DE REALIZAR LOS PROCEDIMIENTOS RESPECTIVOS DETERMINAR SI LA PACIENTE HA RECIBIDO PREVIAMENTE ATENCIÓN MÉDICA?

J.D.A.Q. Por supuesto, resulta importante conocer si la paciente a quien se le va practicar el examen ya ha recibido la atención médica correspondiente y si esta incluyó manipulación de la región genital, para la realización de un legrado uterino o hasta el momento de nuestra evaluación aun no lo ha recibido, puesto que en este segundo caso sino nosotros encontrásemos las lesiones a nivel del cuello y orificio cervical podríamos estar suponiendo la realización de maniobras abortivas.

A.I.P.R. 3.- ¿PUEDE PRECISAR CUALES SON LOS SIGNOS QUE CONLLEVARIAN A PENSAR QUE SE TRATA DE UN ABORTO PROVOCADO?

J.D.A.Q. EL hallazgo de signos de pinzamiento y dilatación cervical, en ausencia de una historia clínica que señale la realización de maniobras instrumentadas en dicha región. También el hallazgo de cuerpos extraños (tabletas de misoprostol por ejemplo) a nivel del fondo del saco vaginal, con orificio cervical dilatado en ausencia de una historia clínica que refiera el uso de esta sustancia por prescripción médica.

A.I.P.R. 4.- DOCTOR CON RELACIÓN A LO QUE ACABA DE EXPONER ANTERIORMENTE CON FECHA SÁBADO 28 DE JUNIO DE 2014, SE HA PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL EL PERUANO LA GUÍA TÉCNICA NACIONAL PARA LA ESTANDARIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA GESTANTE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA POR INDICACIÓN TERAPÉUTICA DEL EMBARAZO MENOR DE 22 SEMANAS CON CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL MARCO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 119º DEL CÓDIGO PENAL”, ¿ESTA DE ACUERDO CON EL PELIGRO QUE REPRESENTAN LOS CUADROS CLÍNICOS QUE AMERITARÍAN EVALUAR LA INTERRUPCIÓN TERAPÉUTICA DEL EMBARAZO?

J.D.A.Q. Estoy a favor de la vida la constitución política del Perú protege el derecho a la vida pero hay cuadros clínicos que pueden complicar la salud de la madre gestante, en los cuales si ameritaría evaluar el cuadro clínico, caso por caso, quiero remarcar y lo repito “Evaluar, caso por caso”, lo que quiero decir es que siempre debe primar el derecho a la vida, en todo caso los siguientes cuadros clínicos pueden poner en grave riesgo la vida de la gestante son los siguientes:

- 1. Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical.*
- 2. Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno.*
- 3. Hiperemesis gravídica refractaria al tratamiento con deterioro grave hepático y/o renal.*
- 4. Neoplasia maligna que requiera tratamiento quirúrgico, radioterapia y/o quimioterapia.*
- 5. Insuficiencia cardíaca congestiva clase funcional III-IV por cardiopatía congénita o adquirida (valvulares y no valvulares) con hipertensión arterial y cardiopatía isquémica refractaria a tratamiento.*
- 6. Hipertensión arterial crónica severa y evidencia de daño de órgano blanco.*
- 7. Lesión neurológica severa que empeora con el embarazo.*
- 8. Lupus Eritematoso Sistémico con daño renal severo refractario a tratamiento.*
- 9. Diabetes Mellitus avanzada con daño de órgano blanco.*
- 10. Insuficiencia respiratoria severa demostrada por la existencia de una presión parcial de oxígeno < 50 mm de Hg y saturación de oxígeno en sangre < 85%.y con patología grave; y*
- 11. Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica.*

A.I.P.R. 5.- PARA FINALIZAR QUISIERA PEDIRLE SU OPINIÓN ACERCA DEL ABORTO EUGENÉSICO EN RELACIÓN A QUE ES LO QUE SE PUEDE CONSIDERAR POR GRAVES TARAS FÍSICAS O PSIQUICAS?

J.D.A.Q. De manera personal considero que la naturaleza es responsable de su propia selección. En el caso de la reproducción no siempre la concepción, se continua con una implantación y no toda implantación conlleva a una gestación a término la misma naturaleza regula de alguna manera su propio desarrollo, si bien es cierto pueden existir o desarrollarse mal formaciones congénitas que deriven alguna tara física o psíquica en el producto de la gestación, tenemos como ejemplo que muchas personas que nacieron con alguna u otra deficiencia o discapacidad han superado sus propias limitaciones y son para nosotros ejemplos y modelos de vida.

A.I.P.R. DOCTOR MUCHAS GRACIAS POR SUS PALABRAS, POR LA ENTREVISTA QUE ME HA CONCEDIDO HA SIDO USTED MUY AMABLE Y LE AGRADEZCO ANTE TODO, POR SU AMABILIDAD DESINTERESADA QUE TIENE CON TODAS LAS PERSONAS QUE BUSCAN SU AYUDA, MUCHAS GRACIAS DOCTOR.

J.D.A.Q. Que ocurrencia, muchas gracias también.

ENTREVISTA 2.

“La Efectiva Protección del Bien Jurídico Vida Humana Dependiente: Consideraciones Dogmáticas en Torno al Delito de Aborto Eugenésico”.

Entrevista Realizada por la maestrante Ana Isabel Padilla Rojas (**A.I.P.R.**), al Doctor Telesforo Vásquez Figueroa (**T.V.F.**), Fiscal Adjunto Provincial Penal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque.

Transcripción de la entrevista contenida que se anexa a la presente, la cual se ha desarrollado como parte de trabajo de campo y que se ha desarrollado de la siguiente forma.

A.I.P.R. 21 de Abril del año 2015, contamos con la grata presencia del Doctor Telesforo Vásquez Figueroa (T.V.F.), Fiscal Adjunto Provincial Penal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque, el doctor Telesforo Vásquez Figueroa va ser nombrado Fiscal Provincial Penal de la Fiscalía de Chiclayo, doctor le saluda Ana Isabel Padilla Rojas, maestrante de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo:

T.V.F. Buenos Tardes.

A.I.P.R. Buenos Tardes doctor ¿Como Esta?
Muy bien, gracias a Dios.

Muchas gracias ante todo le agradezco la gentileza de haberme concedido la entrevista sabemos que usted es una persona amable y que está presto a temas académicos, doctor mi tema de tesis lo pretendo titular, por el momento La Efectiva Protección del Bien Jurídico Vida Humana Dependiente: Consideraciones Dogmáticas en Torno al Delito de Aborto Eugenésico. Quisiera formularle algunas preguntas para saber su opinión.

T.V.F. *Por Supuesto, por supuesto.*

A.I.P.R. Doctor estas son las siguientes preguntas:

1.- SEGÚN EL ARTÍCULO 120° INCISO 2 DEL CÓDIGO PENAL QUE REGULA EL ABORTO EUGENÉSICO: “El Aborto Será Reprimido Con Pena Privativa De Libertad No Mayor De Tres Meses: 2. Cuando Es Probable Que El Ser En Formación Conlleve Al Nacimiento Graves Taras Físicas O Psíquicas, Siempre Que Exista Diagnóstico Médico.” ¿CREE USTED QUE LA PENA A IMPONERSE ES IRRISORIA, PUES EN LA PRÁCTICA LA DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR O PREPARATORIA SUPERAN AMPLIAMENTE LOS TRES MESES ESTABLECIDOS?

Este tipo penal podría comprenderse dentro de lo que se denomina un “Derecho Penal Simbólico”, es decir, está en el Código Penal pero no se aplica debido a como lo señalas la pena es muy baja, y además por la casi nula incidencia delictiva, a lo cual le has añadido el tema procesal, es decir, es prácticamente imposible que se inicie una investigación que supera la sanción a imponerse al imputado.

2.- EN SU CALIDAD DE FISCAL PENAL ES SUFICIENTE EL PLAZO OTORGADO POR EL LEGISLADOR PENAL PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR ESTE TIPO DE DELITOS?

Realmente el plazo de investigación para este tipo de delitos lo considero que es suficiente. El plazo legal es de 60 días. Si se formaliza investigación preparatoria el plazo es de 120 días y se puede ampliar hasta 60 días más, por tanto sí es suficiente el plazo de investigación.

3.- ¿CÓMO SE PODRÍA EVITAR QUE LA ACCIÓN PENAL PRESCRIBA SI EL PLAZO ESTABLECIDO PARA LA PUNIBILIDAD DEL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO ES DEMASIADO CORTO (3 MESES)?

Definitivamente el plazo de prescripción de este ilícito penal sería un problema en su investigación. Me parece que lo más idóneo sería utilizar la acusación directa o el proceso inmediato para que el proceso penal se resuelva de manera oportuna y eficaz, pero nuevamente me parece que esa es otra de las características de un derecho penal simbólico, esto es a pesar

que está en el Código Penal nunca veremos a una persona condenada por este delito.

4.- DE ACUERDO A LO EXPUESTO EN EL ARTÍCULO 339° INC. 1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL “La Formalización De La Investigación Suspenderá El Curso De La Prescripción De La Acción Penal” ¿CREE USTED QUE MEDIANTE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA SE EVITARÍA QUE PROSPERE, LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL? *No. Me parece que los plazos de prescripción juegan en contra de la represión de este delito, insisto en la utilización de la acusación directa y proceso inmediato.*

5.- A SU OPINIÓN Y HACIENDO UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 339° INC. 1 DEL CÓDIGO PROCESAL CON EL ART. 83 DEL CÓDIGO PENAL) LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ES UN SUPUESTO DE INTERRUPCIÓN Y NO DE SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, PUES SEGÚN EL ARTÍCULO 83° DEL CÓDIGO PENAL. *La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.* Ya está zanjado esta problemática. Cuando se formalice la investigación preparatoria, se inicia un nuevo plazo de prescripción el cual comprende el plazo ordinario más el extraordinario. Por ejemplo: Si se formaliza por el delito comentado, tenemos que el plazo de prescripción indefectiblemente de ese delito resultaría ser como máximo hasta 4 meses y medio desde formalizada la investigación preparatoria. Tendríamos que hacer un proceso común en 4 meses y medio como máximo, sino se tendría que sobreseer el proceso o absolverse de ser el caso, debido al transcurso indefectiblemente del tiempo. A esa problemática ingresaríamos de darse un caso formalizado por dicho delito.

6.- SI EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ABORTO ES LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE, Y TOMANDO EN CUENTA QUE SEGÚN EL ARTÍCULO 2° INCISO 1 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.” ¿CREE USTED QUE LA PENA A IMPONERSE ES IRRISORIA Y TOMANDO EN CUENTA QUE LO QUE SE PROTEGE ES LA VIDA DE UN SER HUMANO EN FORMACIÓN, SE DEBERÍA AUMENTAR LA PENA A FIN DE EVITAR LA IMPUNIDAD?

7.- SEGÚN EL ARTÍCULO 124-A DEL CÓDIGO PENAL SOBRE LESIONES EN EL CUERPO O LA SALUD DEL CONCEBIDO “El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres” CREE USTED QUE

EL LEGISLADOR HA INCURRIDO EN FALTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA PUES HACE PRIMAR EL BIEN JURÍDICO INTEGRIDAD FÍSICA O CORPORAL SOBRE EL BIEN JURÍDICO VIDA HUMANA DEPENDIENTE AL ESTABLECER PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD SUPERIOR A LA DEL ABORTO EUGENÉSICO. *Creo que la respuesta punitiva para esta clase de ilícitos se ha dado en un contexto que apunta a la descriminalización. Actualmente, se discute esta regulación punitiva. Según mi punto de vista, en estos casos denominados “hard case” o extremos, la pena prevista por el legislador debería tener un mensaje disuasorio que no necesariamente implica el aumento de pena. Me parece que en todo caso se debería dar un tratamiento especial al proceso penal por esta clase de delitos.*

8.- CREE USTED QUE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA PLANTEADO VERSA SOBRE EL QUANTUM DE LA PENA A IMPONERSE DEBIENDO PROPONERSE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 120° DEL CÓDIGO PENAL. *No soy partidario del aumento de pena de ninguna clase de delitos, y en este debo ser firme en mi posición. En Alemania las sanciones no son tan excesivas, te imaginas a un alemán 6 meses en la cárcel, para esa persona es algo excesivo un sólo día en la cárcel. Este tema del aborto eugenésico es tan polémico que existe una corriente que pretende la descriminalización. No podemos utilizar al derecho penal para solucionarlo. La pena no solucionara este candente debate.*

9.- LOS PARTICIPES DE LA ABOLICIÓN DEL ABORTO EUGENÉSICO, BASAN SU POSTURA EN QUE OBLIGARLE A UNA MUJER A LLEVAR UNA GESTACIÓN SOBRE UN SER QUE PRESENTA MALFORMACIONES O TARAS ATENTA Y ESTA CONDENADO A MORIR ATENTA CONTRA SU DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DE SU LIBERTAD. *Si es verdad. Yo no soy partidario de la descriminalización, tampoco del aumento de la pena. Definitivamente la mujer tiene que dar a luz al producto de la concepción a pesar de los problemas del feto o que este haya sido concebido como producto de una violación sexual. Tengo mi posición definida al respecto pero no concuerdo con una posición abolicionista o descriminalizadora.*

10.- EN SU CALIDAD DE FISCAL UN PROCESO PENAL DESDE QUE SE INICIA UNA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y/O PREPARATORIA HASTA LA SENTENCIA CONSENTIDA O EJECUTORIADA CUANTO TIEMPO TOMA? *Que interesante pregunta, los casos que menos demoran, curiosamente son los que se ha dictado prisión preventiva. No obstante, si tomamos en cuenta los factores que dilatan el proceso que pueden ser causado por las partes o por los operadores jurídicos en el más optimista de los casos un proceso penal puede culminar en un promedio de 6 a 8 meses, si es que no contamos otras variables como huelgas o paros.*

Doctor muchas gracias por su tiempo.

B.- Encuestas

En la presente investigación se aplicó la siguiente encuesta en las instalaciones de Las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas De Lambayeque, se acompaña el modelo de encuesta realizada y se acompañará copias de las mismas en los anexos del informe final de tesis; cuyo texto es el siguiente:

ENCUESTA

TRABAJO DE CAMPO PARA OBTAR EL GRADO DE MAESTRO **ENCUESTA APLICADA EN LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES** **CORPORATIVAS DE LAMBAYEQUE.**

Tema de Tesis: “La Efectiva Protección del Bien Jurídico Vida Humana
Dependiente: Consideraciones Dogmáticas en Torno al Delito de Aborto
Eugenésico”.

INSTRUCCIONES:

- 1.- Lea detenidamente las preguntas que a continuación se le formulan.
- 2.- La presente encuesta es totalmente anónima.
- 3.- Deje los espacios en blanco si no comprende la pregunta.
- 4.- Sea sincero(a) con sus respuestas.

1.- SEGÚN EL ARTÍCULO 120° INCISO 2 DEL CÓDIGO PENAL QUE REGULA EL ABORTO EUGENÉSICO: *“El Aborto Será Reprimido Con Pena Privativa De Libertad No Mayor De Tres Meses: 2. Cuando Es Probable Que El Ser En Formación Conlleve Al Nacimiento Graves Taras Físicas O Psíquicas, Siempre Que Exista Diagnóstico Médico.”* ¿CREE USTED QUE LA PENA A IMPONERSE ES IRRISORIA, PUES EN LA PRÁCTICA LA DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR O PREPARATORIA SUPERAN AMPLIAMENTE LOS TRES MESES ESTABLECIDOS? Marque con un aspa.

SI	
NO	

2.- CON RELACIÓN A LA ANTERIOR PREGUNTA, SI USTED FUERA EL ABOGADO(A) DEFENSOR DE LA IMPUTADA, PLANTEARÍA UNA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, INVOCANDO LA PRESCRIPCIÓN

EXTRAORDINARIA (CUATRO MESES Y QUINCE DÍAS) DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 83º *IN FINE* DEL CÓDIGO PENAL. Marque con un aspa.

SI	
NO	

3.- CON RELACIÓN A LA ANTERIOR PREGUNTA SI USTED FUERA EL (LA) FISCAL PENAL A CARGO DE LA INVESTIGACIÓN, ESTANDO CON LO EXPUESTO EN EL ARTÍCULO 339º INC. 1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL “*La Formalización De La Investigación Suspenderá El Curso De La Prescripción De La Acción Penal*” ¿CREE USTED QUE MEDIANTE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA SE EVITARÍA QUE PROSPERE, LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL? Sí o NO, Especifique:

4.- SEGÚN EL ACUERDO PLENARIO PENAL N° 1-2010/CJ-116 (Prescripción Problemas Actuales) CON RELACIÓN A LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL FUNDAMENTO 26 SE EXPONE “*...En consecuencia queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal [formalización de la investigación preparatoria] hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su defecto hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.*” USTED SE ENCUENTRA DE ACUERDO CON EL FUNDAMENTO ANTES EXPUESTO. Sí o NO, Especifique:

5.- CREE USTED QUE HUBIERA SIDO ADECUADO QUE EN EL ACUERDO PLENARIO PENAL N° 1-2010/CJ-116, SE HUBIERA ESPECIFICADO TAXATIVAMENTE QUE EN NINGÚN SUPUESTO EL PLAZO DE LA SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL NO SUPERE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL, Y ASÍ EVITAR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL “PLAZO RAZONABLE”. Marque con un aspa.

SI	
NO	

6.- SÍ USTED FUERA EL ABOGADO(A) DEFENSOR PODRÍA

ARGUMENTAR QUE LO QUE EN REALIDAD HA REGULADO EL LEGISLADOR PENAL (VÍA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 339° INC. 1 DEL CÓDIGO PROCESAL CON EL ART. 83 DEL CÓDIGO PENAL) ES UN SUPUESTO DE INTERRUPCIÓN Y NO DE SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, PUES SEGÚN EL ARTÍCULO 83° DEL CÓDIGO PENAL. *La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.* Sí o NO, Especifique:

7.- SI NOS DECANTAMOS POR LA POSTURA DEL ACUERDO PLENARIO PENAL N° 1-2010/CJ-116, CREE USTED QUE LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE COMO MANIFESTACIÓN IMPLÍCITA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO (ARTÍCULO 139°, INCISO 3 DE LA CONSTITUCIÓN). Marque con un aspa.

SI	
NO	

8.- SI EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ABORTO ES LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE, Y TOMANDO EN CUENTA QUE SEGÚN EL ARTÍCULO 2° INCISO 1 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ *“Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”* ¿CREE USTED QUE LA PENA A IMPONERSE ES IRRISORIA Y TOMANDO EN CUENTA QUE LO QUE SE PROTEGE ES LA VIDA DE UN SER HUMANO EN FORMACIÓN, SE DEBERÍA AUMENTAR LA PENA A FIN DE EVITAR LA IMPUNIDAD? Marque con un aspa.

SI	
NO	

9.- SEGÚN EL ARTÍCULO 124-A DEL CÓDIGO PENAL SOBRE LESIONES EN EL CUERPO O LA SALUD DEL CONCEBIDO *“El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”* CREE USTED QUE EL LEGISLADOR HA INCURRIDO EN FALTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA PUES HACE PRIMAR EL BIEN JURÍDICO INTEGRIDAD FÍSICA O CORPORAL SOBRE EL BIEN JURÍDICO VIDA HUMANA DEPENDIENTE AL ESTABLECER PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD SUPERIOR A LA

DEL ABORTO EUGENÉSICO. Sí o NO Especifique:

10.- CREE USTED QUE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA PLANTEADO VERSA SOBRE EL *QUANTUM* DE LA PENA A IMPONERSE DEBIENDO PROPONERSE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 120° DEL CÓDIGO PENAL. Marque con un aspa.

SI	
NO	

DE LA ENCUESTA REALIZADA SE HA OBTENDIO EL SIGUIENTE RESULTADO TEMA DE TESIS: “LA EFECTIVA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO VIDA HUMANA DEPENDIENTE: CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO”.

SEGÚN EL ARTÍCULO 120° INCISO 2 DEL CÓDIGO PENAL QUE REGULA EL ABORTO EUGENÉSICO: “El Aborto Será Reprimido Con Pena Privativa De Libertad No Mayor D Tres Meses: 2. Cuando Es Probable Que E Ser En Formación Conlleve Al Nacimiento Graves Taras Físicas O Psíquicas, Siempre Que Exista Diagnóstico Médico.” ¿CREE USTED QUE LA PENA A IMPONERSE ES IRRISORIA, PUES EN LA PRÁCTICA LA DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR O PREPARATORIA SUPERA AMPLIAMENTE LOS TRES MESES ESTABLECIDOS?

Respondido: 27 Omitido: 0



Opciones de respuesta	Respuestas
SI	70,37%
NO	29,63%
Total	

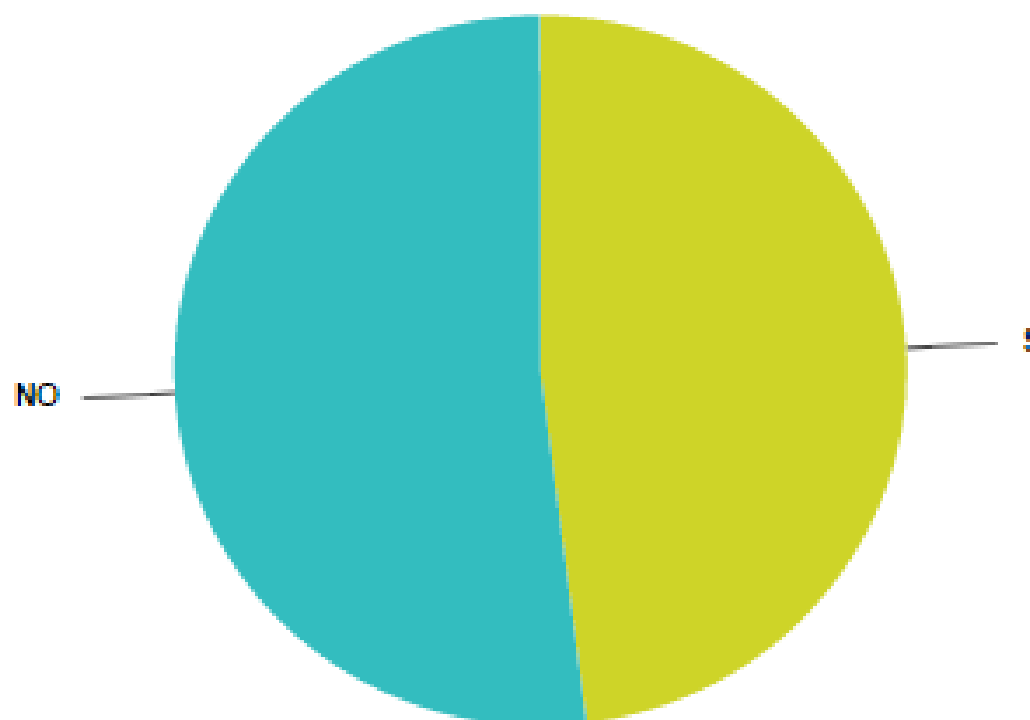
CON RELACIÓN A LA ANTERIOR PREGUNTA, SI USTED FUERA EL ABOGADO(A) DEFENSOR DE LA IMPUTADA, ¿PLANTEARÍA UNA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, INVOCANDO LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA (CUATRO MESES Y QUINCE DÍAS) DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 83º IN FINE DEL CÓDIGO PENAL?.

Respondido: 25 Omitido: 2



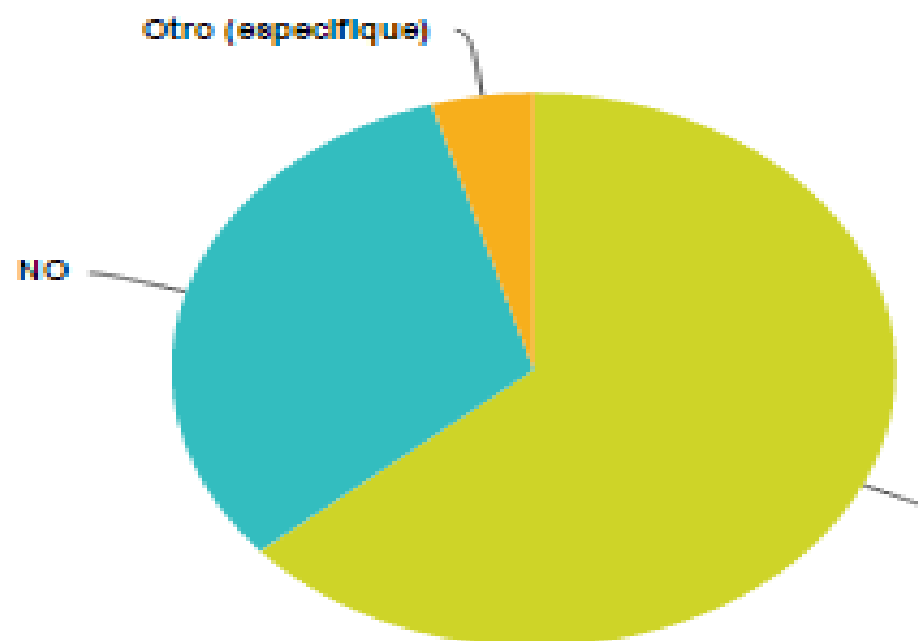
CON RELACIÓN A LA ANTERIOR PREGUNTA SI USTED FUERA EL (LA) FISCAL PENAL A CARGO DE LA INVESTIGACIÓN, ESTANDO CON LO EXPUESTO EN EL ARTÍCULO 339° INC. DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL “La Formalización De La Investigación Suspenderá El Curso De La Prescripción De La Acción Penal” ¿CREE USTED QUE MEDIANTE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA SE EVITARÍA QUE PROSPERE, LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL?

Respondido: 25 Omitido: 2



SEGÚN EL ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116 (Prescripción Pro Actuales), CON RELACIÓN A LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, EN EL FUNDAMENTO 26. SE EXPONE:
 “...En consecuencia queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto [formalización de la investigación preparatoria] hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su defecto hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.” ¿POR FAVOR RESPONDA SI USTED SE ENCUENTRA DE ACUERDO CON EL FUNDAMENTO EXPUESTO?

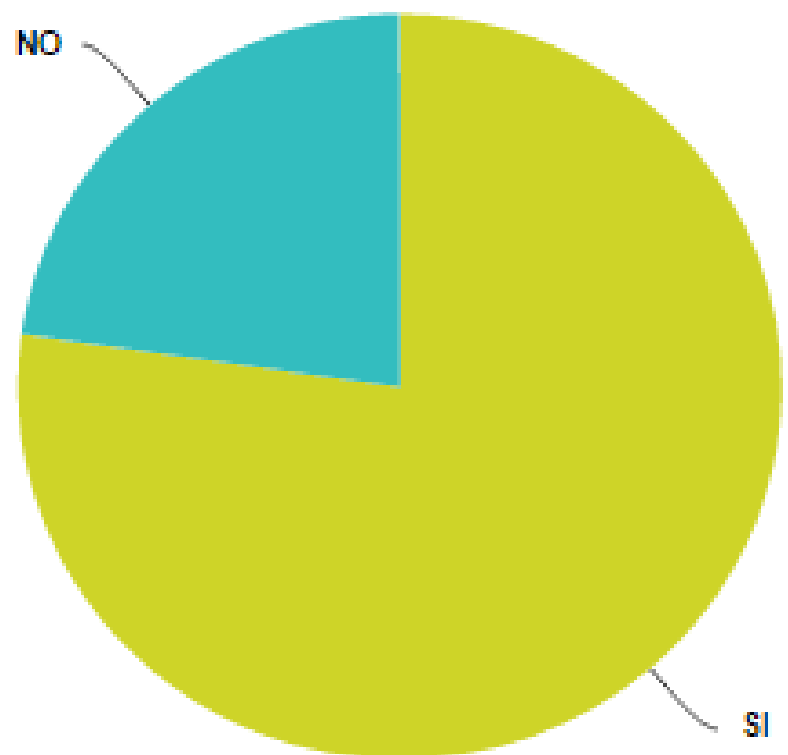
Respondido: 22 Omitido: 6



Opciones de respuesta	Respuestas
SI	83,84%
NO	16,16%
Otro (especifique)	0%

¿CREE USTED QUE HUBIERA SIDO ADECUADO QUE EN EL ACUERDO PLENARIO PENAL N° 1-2010/CJ-116, SE HUBIERA ESPECIFICADO TAXATIVAMENTE QUE EN NINGÚN SUPUESTO EL PLAZO DE LA SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL NO SUPERE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL Y ASÍ EVITAR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL “PLAZO RAZONABLE”?

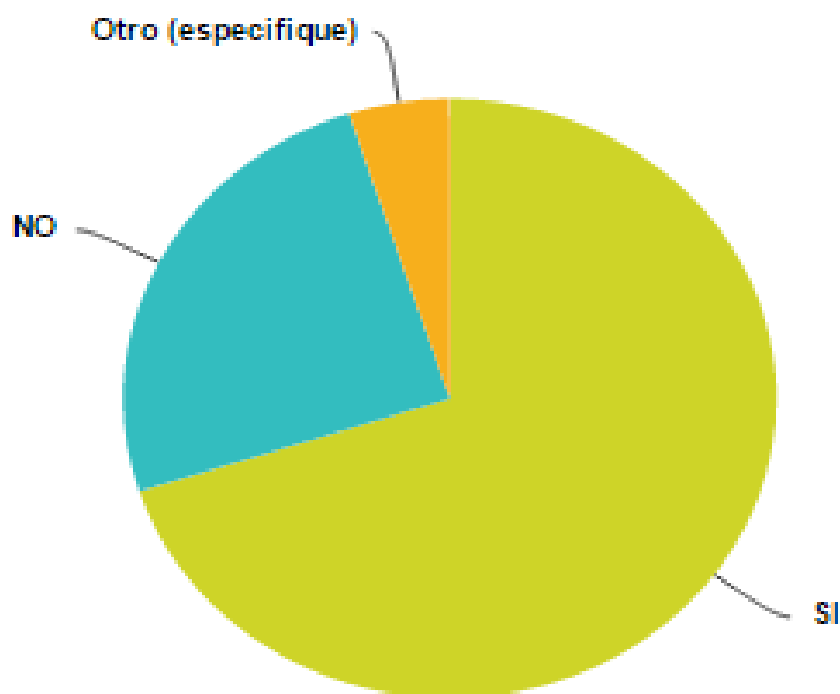
Respondido: 22 Omitido: 5



Opciones de respuesta	Respuestas
SI	77.27%
NO	22.73%

SÍ USTED FUERA EL ABOGADO(A) DEFENSOR, ¿PODRÍA ARGUMENTAR QUE LO QUE EN REALIDAD HA REGULADO EL LEGISLADOR PENAL (VÍA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 339° INC. 1 DEL CÓDIGO PROCESAL CON EL ART. 83° DEL CÓDIGO PENAL), ES UN SUPUESTO DE INTERRUPCIÓN Y NO DE SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL; PUES SEGÚN EL ARTÍCULO 83° DEL CÓDIGO PENAL, la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones de Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

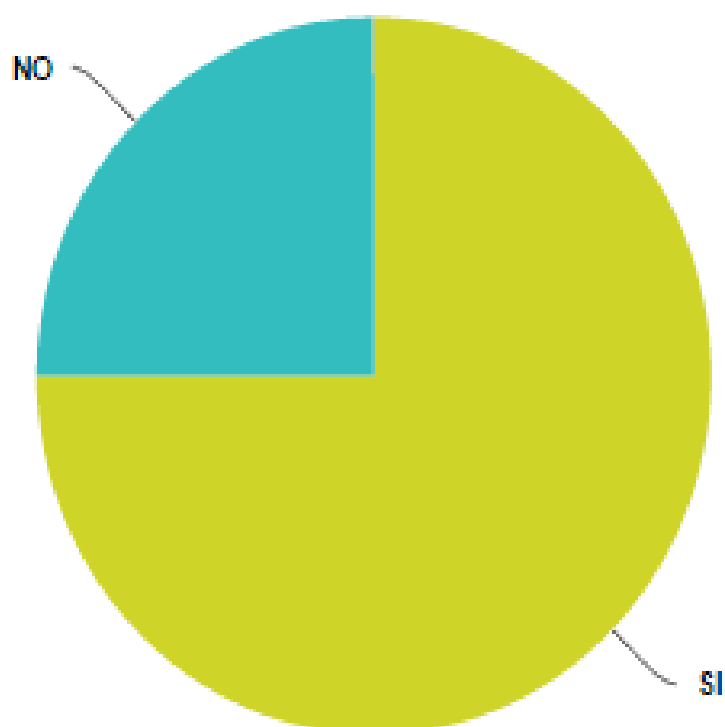
Respondido: 20 Omitido: 7



Opciones de respuesta	Respuestas
SI	70,00%
NO	25,00%
Otro (especifique)	5,00%

SI NOS DECANTAMOS POR LA POSTURA DEL ACUERDO PLENARIO PENAL N° 1-2010/CJ-116, ¿CREE USTED QUE LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE COMO MANIFESTACIÓN IMPLÍCITA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO (ARTÍCULO 139º, INCISO 3 DE LA CONSTITUCIÓN)?

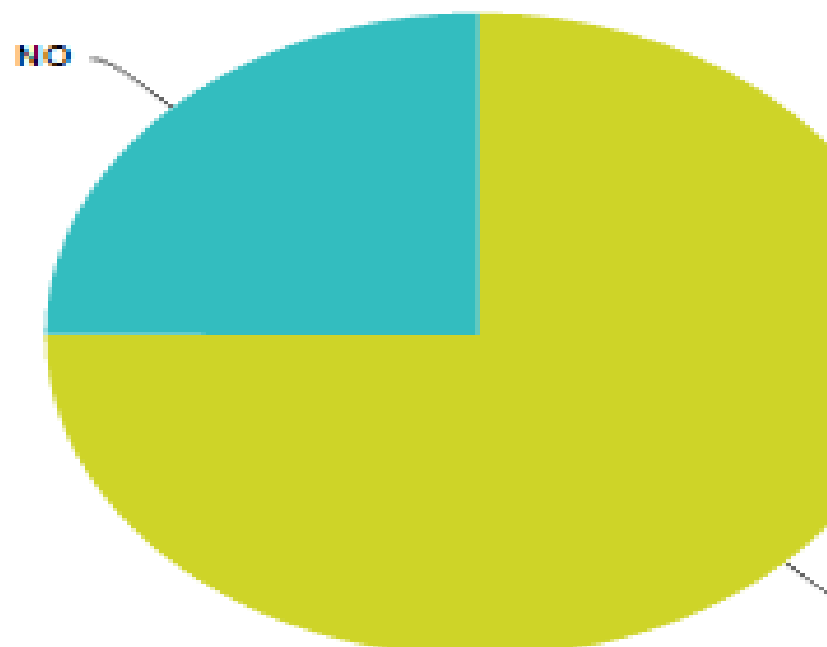
Respondido: 20 Omitido: 7



Opciones de respuesta	Respuestas
SI	75,00%
NO	25,00%

SI EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ABORTO ES LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE, Y TOMANDO EN CUENTA QUE SEGÚN EL ARTÍCULO 1, INCISO 1, DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y al libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.” ¿CREE USTED QUE LA PENALIZACIÓN ES IRRISORIA Y TOMANDO EN CUENTA QUE LO QUE SE PROTEGE ES LA VIDA DE UN SER HUMANO EN FORMACIÓN, SE DEBERÍA AUMENTAR LA PENA A FIN DE EVITAR LA IMPUNIDAD?

Respondido: 20 Omitido: 7



SEGÚN EL ARTÍCULO 124-A DEL
PENAL SOBRE LESIONES EN EL
O LA SALUD DEL CONCEBIDO
causa daño en el cuerpo o en la s
concebido, será reprimido con
privativa de la libertad no menor c
ni mayor de tres". ¿CREE USTED
LEGISLADOR HA INCURRIDO E
DE TÉCNICA LEGISLATIVA PUE
PRIMAR EL BIEN JURÍDICO INTE
FÍSICA O CORPORAL SOBRE E
JURÍDICO VIDA HUMANA DEPE
AL ESTABLECER PENA PRIVATI
LIBERTAD SUPERIOR A LA DEL
EUGENÉSICO?

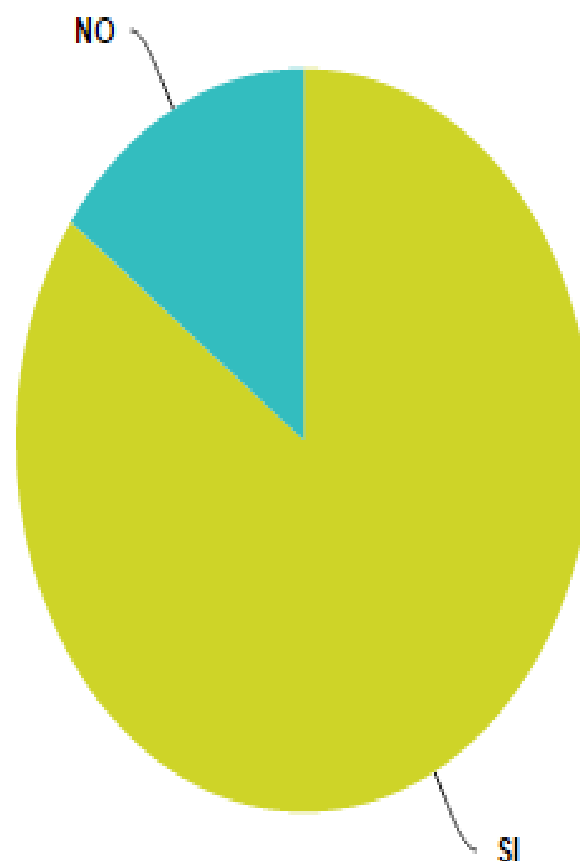
Respondido: 20 Omitido: 7



Opciones de respuesta	Respu
SI	95.00%
NO	5.00%

**¿CONSIDERA USTED QUE LA SOLUCIÓN
AL PROBLEMA PLANTEADO VERSA
SOBRE EL QUANTUM DE LA PENA A
IMPONERSE, DEBIENDO PROPONERSE LA
MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 120° DEL
CÓDIGO PENAL?.**

Respondido: 20 Omitido: 7



Opciones de respuesta	Respuestas	
SI	85,00%	17
NO	15,00%	3
Otro (especifique)	Respuestas	0,00%

C.- ANÁLISIS DOCUMENTAL.

“Mediante esta técnica que Valles denomina también Documentación se recurre a diversas fuentes preexistentes, sobre todo escritas, que nos proporcionan información retrospectiva, acerca de diversos puntos, para la temática de nuestra investigación

Importancia y Nociones el procedimiento de la recopilación o análisis documental es importante para todo estudio, y en algunos trabajos resulta ser el principal medio empleado. Asimismo en todos los casos es utilizado para preparar el *Background* de la investigación. Sin embargo este procedimiento constituye una tarea ardua y laboriosa, y el material seleccionado debe contener información congruente con el problema o aspectos que se han planteado como objeto de estudio. Por ello los diversos documentos relacionados con el propósito de nuestro trabajo, son útiles al proporcionarnos los datos o informes adecuados a dicho fin”²⁹².

Por ello los diversos documentos relacionados con el propósito de nuestro trabajo, *el cual es “Demostrar que la pena abstracta a imponerse para el delito de aborto eugenésico deviene en manifiestamente irrisoria.*

Resulta pertinente proceder al análisis documental de las siguientes jurisprudencias.

Acuerdos Plenarios.

- **Acuerdo Plenario De Las Salas Penales Permanente y Transitorias N° 1-2010/CJ-116 (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales)** en los Fundamentos 24 y 25 expone: “**24°.** La “suspensión” de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su

²⁹² SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídica Social*. Lima Editorial Fecat E.I.R.L. 2001 Págs. 208-209.

prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

- **25°.** *La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.”*
- Fundamentos 26, 27 y 31 del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116²⁹³, (y la - doctrina a favor sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal²⁹⁴), postula que el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, en consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.
- **Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitorias N° 9-2007/CJ-116 (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de**

²⁹³ **26°.** Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “sui generis”, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal. **27°.** La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “interrupción” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara. **31°.** La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución - inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable...

²⁹⁴ Vid. PARIONA ARANA, Raúl. *La Prescripción En El Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o Interrupción De La Prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011. Págs. 221 y ss.

libertad según los Artículos 80º y 83º del Código Penal)²⁹⁵ expone en el sexto y séptimo fundamento: “6.- El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83º in fine hace referencia al **plazo extraordinario**.

- **I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116**²⁹⁶ (Asunto: Sobre La Necesidad De Reevaluar La Suspensión De La Prescripción Dispuesta En El Artículo 339º.1 Del Código Procesal Penal 2004) zanja la polémica y expone: “11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del **principio de plazo razonable** para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122º del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo**. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96º), de octubre de 1984 (Art. 83º), de agosto de 1985 (Art. 89º) y de abril de 1986 (Art. 88º) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible”. (Resaltados nuestros)
- Estamos de acuerdo con lo expuesto en el fundamento décimo primero del Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, en consecuencia si la suspensión de la prescripción en el caso del Artículo 339º inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, estamos hablando de la **Prescripción Extraordinaria**, pues según el Artículo 83º del código penal, La

²⁹⁵ Publicado el día martes 25 de marzo del año 2008, en el diario oficial el Peruano. Pág. 6412 y

ss.

²⁹⁶ Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y

ss.

prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA APLICABLE

A.- LEGISLACIÓN:

- Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos
 - Art. 4 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
 - Art. 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
 - Art. 4 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - Art. 1 y 2 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio
 - Art. 2 y 11 de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas
 - Art. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño
 - Art. 25 del Código Procesal Constitucional de 2004
 - Constitución Política del Perú.
 - Código Penal D. Leg. N° 635.
 - Código Procesal Penal D. Leg. N° 957.
 - Código Civil D. Leg. N° 295.
 - Ley General de Salud Ley N° 26842
 - “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal”
- RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 486-2014/MINSA.

B.- JURISPRUDENCIAS:

STC N° 5228-2006-PHC/TC Caso Samuel Gleiser Katz,
STC N° 3509-2009-PHC/TC Caso Walter Gaspar Chacón Málaga.
STC N° 02005-2009-PA/TC Caso sobre Anticonceptivo Oral De Emergencia (Píldora del Día Siguiente).
STC N° 02748-2010-PHC/TC Caso Alexander Mosquera Izquierdo.

Acuerdo Plenario De Las Salas Penales Permanente y Transitorias
N° 9-2007/CJ-116 (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80° y 83° del Código Penal)

Acuerdo Plenario De Las Salas Penales Permanente y Transitorias
N° 1-2010/CJ-116 (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales)

I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116 (Asunto: Sobre La Necesidad De Reevaluar La Suspensión De La Prescripción Dispuesta En El Artículo 339°.1 Del Código Procesal Penal 2004)

3.- MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.1.- Métodos Para la Recolección de Datos.

- d) **Histórico:** Se utilizó en el estudio de los antecedentes del el delito de Aborto Eugenésico.
- e) **Sintético:** Por intermedio de este método he llegado a sistematizar y estructurar toda la información encontrada.
- f) **Descriptiva:** Se ha utilizado para la descripción de cada concepto básico del delito de Aborto Eugenésico.
- g) **Analítico:** Me ha permitido analizar, ordenadamente cada uno de los conceptos básicos para comprender el delito de Aborto Eugenésico y sus implicancias
- h) **Inductivo:** Por este método ha pasado el estudio particular de cada uno de los conceptos empleados en la sustanciación del delito de Aborto Eugenésico, para aplicarlos al objeto de estudio.
- i) **Deductivo:** Por intermedio de este método que va de lo universal a lo particular he llegado a la conclusión, que el legislador no protege de manera efectiva el bien jurídico vida humana dependiente al punir el delito de Aborto Eugenésico.

3.2.- Procedimientos Para la Recolección de Datos.

Para la recolección de los datos a investigar, se elaboraron las encuestas utilizando los indicadores y sub-indicadores, luego, se repartió a todos los trabajadores del entorno jurídico de la Fiscalía Penal de Lambayeque, posteriormente se recabaron dichas encuestas llenadas, y luego se los vació a una plantilla , para efectuar el conteo, finalmente se elaboraron los datos estadísticos preliminares los cuales serán detallados en el informe final de la presente tesis.

Con respecto a las entrevistas, en primer lugar se ha elaborado la entrevista dirigida a un Médico Legista Adscrito a la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque, utilizando las variables y los indicadores y sub indicadores, obteniendo el primer resultado y plasmado incluso en este proyecto y posteriormente se elaborará la entrevista que se formulará a un Fiscal Provincial del mismo Distrito Fiscal, el mismo que será plasmado en el informe final de la Tesis.

4.- ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS.

Del resultado de la encuesta realizada se ha obtenido el siguiente resultado preliminar estadístico.



Luego de haber realizado la encuesta dirigida a los Fiscales encargados de la investigación Penal del distrito Fiscal de Lambayeque, observamos preliminarmente, el presente cuadro que refleja el predominio de respuestas afirmativas, considerando que los tubos azules representan al porcentaje de respuestas positivas respecto a preguntas sobre la problemática, y los tubos rojos representan a las respuestas negativas; lo que demuestra la existencia real de la problemática, que será detallada durante el desarrollo de la investigación, especificando cada pregunta efectuada para

emitir las conclusiones correspondientes.

5.- ANÁLISIS GENERAL Y CRÍTICO DE LA INVESTIGACIÓN.

Se ha planteado como objetivo general demostrar luego del análisis del Artículo 120° Inciso 2 del Código Penal, que regula EL Delito de Aborto Eugenésico: “*El Aborto Será Reprimido Con Pena Privativa De Libertad No Mayor De Tres Meses (...),*²⁹⁷ que el legislador penal no ejerce una protección efectiva y real del bien jurídico vida humana dependiente, lo cual ha quedado demostrado con la asignación de una pena privativa de libertad irrisoria de tres meses, el mismo que se encuentra íntimamente relacionado con los plazos de la investigación, lo cual se verifica en la práctica fiscal que dicho plazo simbólico impide al Fiscal encargado del caso tener un plazo adecuado y razonable para efectuar las diligencias respectivas, corriendo el peligro de enfrentarse ante una Excepción de Prescripción de la acción penal, dando como resultado, el latente menoscabo y desprotección de uno de los más importantes derechos fundamentales, como es el derecho a la vida, lo cual ha quedado plenamente demostrado.

Ha quedado demostrado que la protección al bien jurídico vida humana dependiente es indebida por parte del legislador, pues las agencias de persecución de la acción penal no pueden sancionar y castigar la comisión de este ilícito no por inercia de los órganos fiscales o judiciales, sino por el plazo regulado por el legislador.

Se planteó como objetivo específico, explicar los efectos jurídicos que produciría un eventual Excepción de prescripción en cualquier investigación

²⁹⁷ Artículo 120° INCISO 2, que regula EL ABORTO EUGENÉSICO: “*El Aborto Será Reprimido Con Pena Privativa De Libertad No Mayor De Tres Meses; 2. Cuando Es Probable Que El Ser En Formación Conlleve Al Nacimiento Graves Taras Físicas O Psíquicas, Siempre Que Exista Diagnóstico Médico.*”

por el delito de aborto eugenésico, verificando la posible impunidad generada ante el problema planteado en la presente investigación. Lo cual ha quedado plenamente demostrado, sólo quedando al órgano jurisdiccional acoger el planteamiento de la citada excepción perentoria.

Se planteó describir las posiciones teóricas y bioéticas, que versan sobre el aborto eugenésico y que repercuten en la protección efectiva del derecho fundamental a la vida, como vimos líneas arriba, según la posición que se adopte por el ordenamiento jurídico, determina la descriminalización, la protección parcial o total de la vida humana dependiente.

Se comprobó el Artículo 120° INCISO 2, que regula El Delito De Aborto Eugenésico, no solo desprotege al derecho a la vida del nasciturus, si no también produce una eminente vulneración del derecho a la igualdad, consagrado en nuestra Constitución Política y en diversos tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, conforme se da en las recientes investigaciones y tendencias jurídico-sociales planteadas en los países en donde el aborto eugenésico se encuentra autorizado y por ende despenalizado.

Se comprobó que el legislador ha incurrido en falta de técnica legislativa al otorgar una mayor protección al bien jurídico Integridad Física o Corporal que al del bien jurídico Vida Humana Dependiente, al establecer en este, una pena privativa de libertad mayor que el delito de Aborto Eugenésico.

6.- RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO.

Se ha planteado el problema:

¿En qué medida el legislador peruano protege efectivamente el bien

jurídico vida humana dependiente en la punición del delito de aborto eugenésico?

Para justificar porque empleamos los términos ***proteger efectivamente el bien jurídico vida humana dependiente***, debemos decir que usamos proteger efectivamente porque el legislador penal, sí protege al bien jurídico vida humana dependiente, pero lo hace de manera deficiente, pues el derecho a la vida aparte de ser un derecho fundamental que se constituye en la base, puntal o sustrato de los demás derechos fundamentales (no es casualidad que el legislador penal aperture el catálogo punitivo de la parte especial con la punición de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud), se ve desproporcionalmente protegido, con la asignación de una pena irrisoria de tres meses de pena privativa de la libertad para el delito de Aborto Eugenésico, con la cual dicho delito pasa a formar parte del llamado derecho penal simbólico.

El legislador protege indebidamente el bien jurídico vida humana dependiente y lo hace de manera deficiente. Al respecto la problemática se centra en el *quantum* de la pena privativa de la libertad a imponerse, pues nuestro código penal lo castiga con una pena irrisoria, al reprimir el ilícito con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses, siendo que en la práctica la duración del plazo de la investigación preliminar y de la investigación preparatoria a su turno, superan ampliamente los tres meses, con lo cual consideramos que, de seguirse un proceso, en estos casos nunca se podría condenar a nadie, porque por que se podrá plantear una excepción de prescripción.

Que aparentemente se podría solucionar el presente problema antes expuesto, recurriendo a la aplicación del Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal, el cual prescribe que *“la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción*

penal". Con dicho acto procesal el órgano fiscal podría "suspender" el plazo de la prescripción de la acción penal y así evitar la interposición de la excepción perentoria de Prescripción. Pues el delito de Aborto Eugenésico, tiene una pena privativa de la libertad no mayor de tres meses y atendiendo a que la sanción del ilícito (sentencia) se puede prolongar más de tres meses, entonces sería un imperativo categórico proceder a la inmediata judicialización de la investigación (formalización de la investigación preparatoria), a fin de suspender el plazo de la acción penal.

Pero debe advertirse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo**, en consecuencia si la suspensión de la prescripción en el caso del Artículo 339° inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, estamos hablando de la **Prescripción Extraordinaria**, pues según el Artículo 83° del código penal, La prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Entonces no podremos alegar válidamente que el órgano fiscal tendría todo el tiempo a su disposición para que dentro de la etapa de la formalización de la investigación preparatoria pueda investigar el delito de Aborto Eugenésico y postular ante la judicatura una tesis acusatoria o absolutoria, pues de seguirse un hipotético proceso, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal el plazo de prescripción de la acción penal prescribiría a los cuatro meses y medio (prescripción extraordinaria), generando impunidad, no por negligencia de la magistratura (jueces y fiscales) sino que el plazo irrisorio (tres meses) regulado por el propio legislador peruano.

CONCLUSIONES

- 1.- La vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el ordenamiento constitucional por tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden la esfera de su autonomía privada e interesan a la sociedad, al estado y el legislador. No cabe invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por el mayor peso que representa el derecho a la vida del nasciturus.
- 2.- El delito de Aborto Eugénico, Prácticamente se encuentra descriminalizado, atendiendo a la pena privativa de la libertad de tres meses, con el que se encuentra conminado este delito, pues es improbable la imposición de una pena sin que se hayan superado los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal, por lo que en la práctica sólo será posible sancionar este delito si el imputado(o) renuncia a la prescripción de conformidad con el artículo 91º del Código Penal.
- 3.- Nuestro código penal ha consagrado una prohibición General del aborto (excepción de terapéutico), y en el caso del aborto ético y eugenésico, si bien establece la atenuación de la pena debido a la especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad de libre desarrollo de la personalidad, aún sigue atribuyendo responsabilidad penal a la gestante de manera simbólica.
- 4.- El aborto, desde cualquier punto de vista, es tratado por el Derecho

Penal y la Salud Pública, incluso el Aborto es tratado hoy en día como un problema de ética médica que afecta a una variedad cerrada y que viene a romper una filosofía social tradicional.

- 5.- En mujeres de mayor edad se recurre al aborto porque ya se tiene una familia numerosa o por que el producto puede nacer en problemas económicos que atraviesa la familia. En algunos países, el aborto no es aprobado por todas las personas, solo en caso de violación y en el que la vida de la madre corra riesgo, para los demás casos una opción sería tener al bebe y darlo en adopción.
- 6.- La mujer que desee practicarse un Aborto utilizando cualquiera de los métodos existentes deben pensar si vale la pena sacrificar una vida nueva e inocente solo por quedar bien con la sociedad. Y arriesgar además su propia vida, ya que el aborto siempre tiene alguna consecuencia desde perder algún órgano hasta sentirse sola y totalmente vacía al no poder tener más hijos y por sentirse rechazada por la sociedad o familiares y amigos con los que deseaba congraciarse.
- 7.- La Iglesia Católica entiende por ABORTO la muerte provocada del feto, realizada por cualquier método y en cualquier momento del embarazo desde el instante mismo de la concepción.
- 8.- De acuerdo a la pena privativa de la libertad de tres meses, impuesta en el Artículo 120° del Código Penal, el órgano fiscal no tendría todo el tiempo a su disposición para investigar y postular una tesis acusatoria, pues si procede a la formalización de la investigación preparatoria con el afán de suspender la prescripción de la acción penal del delito de Aborto Eugénico, de conformidad con los

Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal el plazo de prescripción de la acción penal prescribiría indefectiblemente a los cuatro meses y medio (prescripción extraordinaria), generando impunidad, no por negligencia de la magistratura (jueces y fiscales) sino por el plazo irrisorio (tres meses) regulado por el legislador.

- 9.- Se plantea la excepción de prescripción de la acción penal ordinaria cuando el fiscal ha decidido iniciar la investigación por la presunta comisión del delito de Aborto Eugenésico y como se trata de un delito de resultado, se computa el plazo de prescripción desde la consumación del delito y por lo que luego de analizar si la acción penal ha sido iniciada posterior a los tres meses, cabe invocar la excepción de prescripción ordinaria.
- 10.- Se plantea la excepción de prescripción de la acción penal extraordinaria cuando el órgano fiscal inicia sus diligencias preliminares dentro de los tres meses de consumado el delito, se entiende que se ha interrumpido la prescripción de la acción penal, y sólo cabría invocar la excepción de prescripción extraordinaria, lo cual resulta lógico de acuerdo a lo que estipula el Artículo 83° del Código Penal siendo que la acción penal prescribiría indefectiblemente a los cuatro meses y medio, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal, en relación al delito de Aborto Eugenésico.
- 11.- La suspensión del plazo de la acción penal no debe ser ilimitado, por cuanto dicha situación jurídica puede afectar el derecho al plazo razonable.
- 12.- El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un Derecho Constitucional Implícito que se deriva del Artículo 139° Inciso 3 de la

Constitución Política del Perú. “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...”

RECOMENDACIONES.

1.- Se debe proceder a reformular la pena establecida para el delito de aborto eugenésico, tomando en cuenta que el nasciturus debe ser protegido por el ordenamiento jurídico desde su concepción hasta su muerte.

2.- Se proceda de acuerdo al Artículo 107° de la Constitución sobre Iniciativa Legislativa del Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes. Debiendo darse cabida a otros poderes del Estado, como son el Ministerio de Salud y los colegios profesionales, pues el Delito de Aborto, no sólo tiene connotación jurídica.

3.- Se recomienda que los operadores jurídicos apliquen el test de ponderación de los derechos fundamentales al momento de enfrentar la colisión del derecho fundamental a la vida que ostenta el nasciturus con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que ostenta la madre.

4.- Se impulse la creación de programas especiales Dentro del ministerio de salud, a fin de dar un certero diagnóstico sobre las potenciales taras o malformaciones que podría presentar el ser humano en formación.

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. En: AA. VV. *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*. [Urquiza Olaechea (dir.)]. Lima, Idemsa, 2007.

ALCOCER POVIS; Eduardo. *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. En: Instituto pacífico. Actualidad Penal. Agosto 2014 N° 2.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Décima Edición. Editorial Eddili.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis – Colombia – 1996,

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta Edición. Quinta Reimpresión: 2006. Lima - Perú. Editorial San Marcos. Pág. 95.

BESIO, Mauricio, Consideraciones éticas sobre el aborto terapéutico, Boletín de la Escuela de Medicina de la Universidad Católica de Chile, Vol. 27, N° 1, 1998.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Penalización del aborto terapéutico: derecho comparado. Ob. Cit.

BURGORGUE-LARSEN, Lawrence. *El derecho a la vida y a la dignidad personal: una aproximación de la Corte Europea de los Derechos Humanos*. En: AA. VV. *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. [Miguel Revenga y Andrée Viana (eds.)]. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta

Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011.

CALDERÓN SUMARRIVA; Ana C. *Colección de temas procesales conflictivos II. El nuevo sistema procesal penal. Análisis crítico.* Egacal. Editorial San Marcos E.I.R.L. Segunda reimpresión: 2013.

CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal. Parte Especial I.* Lima, Grijley, 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general.* Lima, Palestra, 2005, 2° ed

CEREZO MIR, José. La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código penal español. En: *Obras completas. Otros Estudios. Vol. II.* Lima, Ara Editores, 2006.

Cuestionario de Diagnóstico del SPA – Ficha N° 3 del Acompañamiento /
Elaboración: Departamento de Investigación del Instituto para el Matrimonio y la Familia UCSP / Encargado: Lic. Neldy Mendoza de Chávez.

CHIRINOS SOTO, Francisco. *Código Penal Comentado Concordado, Jurisprudencia.* Editorial Rhodas. 6ta Edición. Marzo de 2014.

CUNO CRUZ, Humberto Luis. *Sentencias Interpretativas: Fundamentos, Origen y Clases.* En: Compendio de Instituciones Procesales Creadas Por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. T.C. Gaceta Constitucional. Primera Edición Diciembre 2009.

DUMET DELFÍN; David Miguel. *Protocolo del aborto terapéutico: ¿Reivindicación de derechos o licencia para matar?* TC Gaceta constitucional

& Procesal constitucional. Tomo 79. Julio 2014. Gaceta jurídica.

EL ABORTO: Principales Argumentos Del Debate. Asesoría Técnica Parlamentaria BCN.

ESER, Albin. Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado. En: *Temas de Derecho penal y procesal penal*. Lima, Idemsa, 1998.

ETO CRUZ, Gerardo. *Índice analítico de la Constitución Política del Perú 1993*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Editorial libertad. Primera edición octubre de 1997.

FRIES, L. Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos. Ponencia para el Seminario “Género y Derecho”. FLACSO, febrero de 2000.

FUERTES AMPUERO; Erika. *La necesaria expedición de la guía técnica nacional para la interrupción del embarazo por razones terapéuticas. Enfoque desde el derecho internacional de los derechos humanos*. En: TC Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 79. Julio 2014. Gaceta Jurídica.

Gaceta Penal & Procesal Penal. *Diccionario Penal Jurisprudencial. Index Completo De Figuras e Instituciones Penales, Procesales Penales y Penitenciarias Desarrolladas En La Jurisprudencia*. Primera Edición. Noviembre 2009.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012.

GONZALES BARRON, Gunther. *La usucapión. fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. Jurista editores. Edición mayo 2010, Lima.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *El aborto. Lesiones al feto*. En: AA. VV. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Manuel Cobo del Rosal (coord.). Madrid, Dykinson, 2005, 2° ed.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. SOSA SACIO, Juan Manuel. *Dignidad de la Persona (Comentarios al artículo 1 de la Constitución)*. En: La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Comentarios al artículo 41° de la Constitución política del Perú. Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). La constitución comentada. Tomo I Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país. Segunda edición aumentada actualizada y revisada. Enero 2013. Gaceta jurídica S.A.

HANMER, J. Women and reproduction. *Introducing Women's Studies*. Editoras. Robinson y Richarson. Editorial Mac Millan. London 1997.

HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

HERBST, A (2005) El aborto y la Eutanasia en la Tradición Judía. *Dialogo político*.

HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson. *13 Mitos Sobre La Carga Procesal. Anotaciones y Datos Para La Política Judicial Pendiente En La Materia.* Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal. Lima, Octubre del 2007. Disponible también en <http://www.justiciaviva.org.pe/publica/13mitos.pdf>

HIRSCH, Hans Joachim. *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana.* En: *Derecho Penal. Obras completas. Libro Homenaje. T. I.* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

HUGO VIZCARDO; Silfredo. ARENAS ACOSTA; Juana Flor. *El aborto y las condiciones de su permisibilidad. A propósito de la expedición de la guía técnica para la estandarización del procedimiento del aborto terapéutico.* En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 61. Julio 2014. Gaceta Jurídica.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal, en “Comisión por Omisión. Algunas consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2

JOAN VIDAL BOTA – INES ESPALLARGAS – MIREIA BAYLINA, *Aborto Eugenésico y Derechos Humanos*, España, 2014.

MADRID, Cecilia. *Suspensión de la prescripción.* En: *Boletín N° 33* de fecha 19 de setiembre de 2011. Págs. 17-18. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-33.pdf>

MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116.* En: *Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial.* N° 155, Agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2008, 8°ed

MIXÁN MASS, Florencio. *Lógica enunciativa y jurídica*. Trujillo, BLG, 2006, 4° ed., p. 67 y ss.; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación jurídica. Un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial*. Lima, Jurista Editores, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 1996.

NOVAK, Fabián. NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Manual para Magistrados y Auxiliares de justicia. Academia De La Magistratura. Primera Edición. Lima, Perú, Noviembre de 2004.

NOVAK, Fabián, y SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima, Fondo Editorial de la PUC, 2002.

PARIONA ARANA, Raúl. *La Prescripción En El Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o Interrupción De La Prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014.

PÉREZ LÓPEZ; Jorge A. *La validez constitucional del aborto terapéutico*. TC Gaceta constitucional & Procesal constitucional. Tomo 80 / Agosto 2014. Pág. 230.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte*

General. Lima, Grijley, 2005.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Política criminal...* ob. cit. p. 107.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Volumen I. Editorial Aranzadi S.A. Quinta Edición.

RAFAE RICO GARCIA ROJAS, UMAE Hospital González Garza. México - Comité Hospitalario de Bioética, Departamento de Genética -“*Introducción a la bioética*”, 11 de Febrero del 2004.

RAMOS SUYO, J. A. *Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*. 2da Edición Editorial San Marcos. Segunda Reimpresión. Mayo 2010.

REVISTA DE BIOÉTICA Y DERECHO “*Observatori de Bioètica i Dret*”, N° 24, Enero de 2012. Disponible en: WWW.BIOÉTICAYDERECHO.UB.ES.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental*. En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

RICHARDSON, D. Sexuality y feminismo. *Introducing Women's Studies*. Editoras. Robinson y Richarson. Editorial Mac Millan. London 1997.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Código penal. Dos décadas de jurisprudencia*. Tomo II. Ara Editores. 2012.

ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Jurista Editores EIRL. Primera Edición: Marzo 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1 (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. 1ª edición, Madrid, 1997,5/2,

RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al derecho)*. Décima edición aumentada. Segunda reimpresión de la décima edición, junio de 2011. Fondo editorial pontificia universidad católica del Perú.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Derecho a la Vida y a la Integridad Moral, Psíquica y Física*. (Comentarios al artículo 2 inciso 1 de la Constitución). En: La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. I. Editora Jurídica Grijley. 4ª Edición. Noviembre 2010.

SÁNCHEZ VELARDE, P. *Manual de derecho procesal penal*, cit, p. 327. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Rodhas. Segunda Edición Febrero 2009.

SEGUNDO PLENO CASATORIO CIVIL. Corte Suprema de Justicia de la República Consejo Ejecutivo del Poder Judicial Centro de Investigaciones del Poder Judicial. Fondo Editorial Del Poder Judicial. Lima - Perú 2012. Disponible también en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b114a6804ee66d60bd37ff913564ce1>

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-01 (2007).
<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>

SINÓPOLI, Ana María. *Estado actual de la legislación europea y española en materia de aborto. Breves Consideraciones Al Respecto*. Universidad de la Coruña. 2008.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídica Social*. Lima Editorial Fecat E.I.R.L. 2001

TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I Jurisdicción Penal. Segunda Edición (Revisada, Aumentada y Actualizada). Abril 2010. Editorial Reforma.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General Del Derecho*. Tercera Edición. Abril 2006. Idemsa Lima Perú.

URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal*. Tomo I, Idemsa. Primera Edición. Lima Abril 2010.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético. Principios generales*. Trujillo, Normas Legales, 1995.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción Extintiva y Caducidad*. Gaceta Jurídica. Cuarta Edición. Marzo 2002.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editora

Jurídica Grijley. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En Busca De Las Penas Perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal*. A.F.A. Editores.

BIBLIOGRAFÍA DIGITAL

<http://www.wordreference.com/definicion/vicisitud>

http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e

http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e

http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/context_socioeconom/265-275.pdf

<http://laley.pe/not/2016/-en-marzo-se-aprobaria-nuevo-codigo-penal->

http://www.youtube.com/watch?v=EPY8LE_XwRM,

<http://www.youtube.com/watch?v=dKI1M0kUH1M>.

<http://www.convencion.org.uy/08Debates/Serias2/Lola%20Valladares.pdf>

<http://worldabortionlaws.com/map/>

<http://www.guttmacher.org/pubs/Abortion-Worldwide.pdf>

<http://bcn.cl/bbjq>

http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1967/cukpga_19670087_en_1

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-2010.t2.html#a12

<http://bcn.cl/hdtx>

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>

<http://www.cem.itesm.mx/derecho/nlegislacion/federal/11/index.html>

<http://bcn.cl/hdua>

<http://bcn.cl/bbmng>

http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/dom/sp_dom-int-text-cp.pdf

<http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=251>

<http://www.redsalud.gov.cl/archivos/guiasges/prevencionpartoprematuro.pdf>

http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html

http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html

http://www.catolicas.com.ar/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=82

http://www.catolicas.com.ar/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=82

http://serjudio.com/rap1301_1350/rap1317.htm

<http://download.journals.elsevierhealth.com/pdfs/journals/0020-7292/PIIS0020729200002253.pdf>

<http://download.journals.elsevierhealth.com/pdfs/journals/0020-7292/PIIS0020729200002253.pdf>

<http://worldabortionlaws.com/map/>

http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html

<http://bcn.cl/hdzu>

http://media.mcclatchydc.com/smedia/2007/10/17/13/Chang-Guttmacher_Institute_abortion_report.source.prod_affiliate.91.pdf

<http://www.guttmacher.org/sections/abortion.php?scope=comparative%20international>

<http://www.guttmacher.org/sections/abortion.php?scope=comparative%20international>

<http://www.unfpa.org/swp/1997/spanish/sch2.pdf>

http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/aborto_index.html

http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/context_socioeconomico/265-275.pdf

<http://www.youtube.com/watch?v=9U2UQikoHjU>,

<http://www.youtube.com/watch?v=Piny4Ur1EEA>,

http://www.youtube.com/watch?v=FhfW_SE3c4c,

<http://www.youtube.com/watch?v=Gd8mX6ydYR0>,

<http://www.youtube.com/watch?v=cnAlqJO2KP0>,

<http://www.youtube.com/watch?v=wKdAqssVDS>,

JURISPRUDENCIA:

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC N° 5228-2006-PHC/TC Caso Samuel Gleiser Katz.
- STC N° 3509-2009-PHC/TC Caso Walter Gaspar Chacón Málaga.
- STC N° 02005-2009-PA/TC Caso sobre Anticonceptivo Oral De Emergencia (Píldora del Día Siguiente).
- STC N° 02748-2010-PHC/TC Caso Alexander Mosquera Izquierdo.
- STC N° 0030-2005-AI/TC

- STC N° 0004-2004-CC/TC
- STC N° 0007-2007-PI/TC
- STC N° 00010-2002-AI/TC
- STC N° 00020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC
- STC N° 00006-2006-CC/TC
- RTC N° 00922-2002-PA/TC
- STC N° 00045-2004-PI/TC
- STC N° 00008-2005-PI/TC
- STC N° 00047-2005-PI/TC
- STC N° 00025-2005-PI/TC
- STC N° 04677-2005-PHC/TC
- STC N° 00003-2004-PI/TC
- STC N° 3593-2006-PA/TC
- STC N° 0047-2004-AI/TC

DEL PODER JUDICIAL – CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA:

Acuerdo Plenario De Las Salas Penales Permanente y Transitorias N° 9-2007/CJ-116 (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80° y 83° del Código Penal).

Acuerdo Plenario De Las Salas Penales Permanente y Transitorias N° 1-2010/CJ-116 (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales).

I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116 (Asunto: Sobre La Necesidad De Reevaluar La Suspensión De La Prescripción Dispuesta En El Artículo 339°.1 Del Código Procesal Penal 2004).